O KARZE W OGÓLNOŚCI

przez

Hipolita Giegużyńskiego.

(*dokończenie*).

ROZDZIAŁ II.

Istota kary.

§ 29. Powiedzieliśmy wyżéj, że każde ospołecznienie ma prawo żądać od swoich członków zachowania się zgodnego z istotą, życiem i przeznaczeniem jego, a zatém między innemi i powstrzymania się od pewnych czynów szkodliwych jemu (ospołecznieniu); i że z drugiéj strony, każdy związek społeczny powinien być zgodny z istotą potrzeb i pragnień człowieka; dla tego każde ospołecznienie, a więc i państwo, zakazując pewnych czynów szkodliwych, powinno radzić się przeświadczenia ogółu i zakazywać tych tylko czynów, które są potępione przez sumienie społeczne, bo inaczéj prawo nie będzie zgodne z istotą potrzeb i pragnień ogółu, nie odpowie swemu zadaniu i istnienie jego będzie anormalne, pozbawione naturalnéj podstawy.

Zakaz tych czynów stosownie do natury każdego związku społecznego objawia się rozmaitym sposobem; bądź przez umowę, bądź przez zwyczaj, bądź co najczęściéj bywa, przez specyalnie do tego powołane organa.

W państwie będącém na wyższym stopniu rozwoju, zakaz spełniania czynów szkodliwych, a tém samém i potępianych przez sumienie ogółu, wydaje władza prawodawcza w ustawie karnéj, grożąc za każdy czyn, w miarę jego szkodliwości, stosowną karą, to jest pozbawieniem pewnéj ilości dóbr i korzyści,

jakie państwo swym członkom udziela, czyli jakie ci ostatni z życia państwowego osiągają.

Przy stanowieniu kar za czyny przestępne, żadne ospołecznienie nie powinno przekraczać granic sprawiedliwości, to jest: nie może ono oznaczyć nigdy surowszéj kary, czyli zagrozić odjęciem większéj ilości dóbr i korzyści, od szkody, jaką dane przestępstwo dla niego zrządza i nigdy większéj kary od téj, jaka jest dostateczną do utrzymania porządku i ładu wewnątrz niego. Taka właśnie powinna być wzajemna zależność i warunkowanie się zasad sprawiedliwości i użyteczności.

Kara więc, będąc tylko pozbawieniem, odjęciem, najwyżéj do wysokości szkody zrządzonéj społeczeństwu przez przestępstwo, tych dóbr i korzyści, jakie dane ospołecznienie swym członkom zapewnia, nie jest odwetem, nie jest żadną zemstą, ale dziełem sprawiedliwości społecznéj. Nie jest złém, ani samo w sobie, ani w swych skutkach, bo jest naturalném i logiczném następstwem bytu społecznego, bo służy do celów dobrych: do utrzymania porządku i ładu w społeczeństwie, a więc do zabezpieczenia bytu człowieka w ogólném znaczeniu, istnienia jednostek w szczególe i wreszcie ztąd do zachowania całego harmonijnego wszechbytu.

Kara nie uszczupla sił ani państwa, ani innych ospołecznień, bo państwo pozbawiając jednostkę wolności nie niszczy jéj (jednostki), lecz przy stosownem i racyonalném urządzeniu więzień, może użyć do korzystnéj działalności dla społeczeństwa; a odejmując prawo własności do pewnéj rzeczy, także nie przyczynia żadnéj krzywdy jemu (społeczeństwu), gdyż ono nic nie traci na przejściu danéj wartości ziemskiéj z posiadania jednego, do posiadania drugiego właściciela; ogólna summa zaoszczędzonych wartości nie zmniejsza się przez to.

Gdyby kara była złem, to zasługiwałaby sama na karę, żaden bowiem związek społeczny nie ma prawa pod jakim bądź pozorem wyrządzać złego ani dla jednostek, ani dla innych ospołecznień.

Przeciwnie kara, zabezpieczając porządek społeczny, przy-

wracając zachwiane przez przestępstwo zaufanie w siłę i żywotność danego związku społecznego, budzi we wszystkich członkach jego, przekonanie, że ono zdoła spełnić swe obowiązki względem nich, a jak państwo w szczególności, że potrafi zabezpieczyć im prawo wolności i prawo własności, tudzież dać opiekę. Ztąd w swych skutkach rodzi zapał do rozmaitych przedsiębierstw, do handlu, przemysłu i wszelkiéj innéj działalności społecznéj; słowem ona przyczynia się do podniesienia dobrobytu i rozwoju cywilizacyi. Z drugiéj znów strony kara godzi, jedna, przestępcę z jego własném sumieniém, odejmując sprawiedliwie mu to tylko, czego się pozbawił przez swój czyn występny.

Zatém kara i sama w sobie i w swych następstwach jest *dobrém*. I ci tylko mogą inaczéj utrzymywać, którzy by chcieli usprawiedliwić takie kary, jak śmierć naturalna; kary cielesne, kary hańbiące i t. p., które my po prostu uważamy za owoc gwałtu i przemocy silniéjszego nad słabszym.

Kara w swéj istocie będąc dobrą, jest warunkiem koniecznym bytu społecznego, bez niéj jako bez najdzielniejszego środka do zabezpieczenia swego istnienia, do utrzymania ładu i porządku wewnętrznego, żadne ospołecznienie ostać się nie może, ona jest wrodzoną fizjologiczną, koniecznością rodu ludzkiego, wypływającą z natury ludzkiéj i nieodłączną, tak od duchowéj, jak i organicznéj istoty człowieka. Kara jest swego rodzaju dźwignią cywilizacyjną, motorem normalnego rozwoju ludzkości, bez niéj niemożebny żaden postęp na świecie.

ROZDZIAŁ III.

Cel kary

§ 30. Mając na myśli wyniki dotychczasowego naszego rozumowania, musimy powiedzieć, że cel kary warunkuje się naturą i zadaniem specyalném każdego związku społecznego, a zatém celem kary w państwie jest utrzymanie porządku i ładu

społecznego. Jeżeli bowiem przestępstwo, to jest czyn zakazany przez państwo zostanie spełniony, to natychmiast członkowie jego zaczynają lękać się o swoje własne prawa, powstaje obawa, czy państwo zdoła spełnić swoje obowiązki względem członków, to jest czy potrafi zapewnić im nietykalność i swobodny rozwój, czy będzie w stanie nakazać poszanowanie dla prawa własności. Ta obawa zatruwa ich życie, paraliżuje ich działalność, wstrzymuje ich sprężyny przemysłu i handlu; słowem państwo traci ich zaufanie w swą żywotność i siłę; ztąd rodzi się jeszcze cały szereg szkodliwych następstw; tak dla państwa, jak i jednostek poszczególe, z których ono się składa, a nawet w dalszéj konsekwencyi całéj ludzkości i jéj dziejowego rozwoju. Państwo więc w interesie swego samozachowania, bo inaczéj pocóżby istniało, jeśliby nie spełniało obowiązków będących przyczyną jego istnienia, zniewolone jest wystąpić przeciwko przestępcy, aby okazać swą żywotność i siłę, aby przywrócić zachwiane przez przestępstwo zaufanie, znieść tak szkodliwą obawę swych członków, słowem aby znieść złe skutki przestępstwa i przywrócić do dawniejszego normalnego stanu rozwój społeczny.

Państwo jednak może znieść tylko dalsze złe skutki przestępstwa, a nie samo przestępstwo i szkodę natychmiastową przez nie zrządzoną, gdyż to, co się stało odstać się nie może: *np.* zostało spełnione zabójstwo; to unicestwić go, nie byłém uczynić, nie można; ani powetować strat, przyczynionych społeczeństwu przez pozbawienie go jednostki i jéj przyszłéj działalności, i rodzinie przez wydarcie jéj może jedynego chlebodawcy i opiekuna; ale można zapobiedz dalszym złym skutkom, które powstają z zachwianego zaufania, ze zrodzonéj obawy i niespokojności w jego członkach o własne prawa, z powstającéj zuchwałości przestępców, ośmielonych nadzieją bezkarności, skutków, które w swych dalszych następstwach zrządzają nierównie większe, nierównie znaczniejsze szkody i straty dla bytu społecznego, niż te, które wynikły natychmiast i bezpośrednio z przestępstwa.

Państwo więc znosząc złe skutki przestępstwa i przywracając do dawnego normalnego stanu rozwój społeczny, w miarę każdego nowo spełnionego przestępstwa, ma na celu utrzymanie porządku, ładu społecznego wewnątrz u siebie, czyli zapewnienie swobodnego rozwoju wszystkim swym członkom, zabezpieczenie im praw własności i udzielanie opieki, o ile takowa jest konieczną i wymaganą.

§ 31. Kara, będąc środkiem do utrzymania porządku społecznego, może osiągnąć swój cel za pomocą dwóch *dalszych celów*, czyli *skutków* kary jak chce Rossi, lub *środków* jak twierdzi Moldenhawer (o przeprowadzeniu odosobnienia w zakładach więziennych, Warszawa, 1866 Cz. II.) to jest *odstraszenia* i *poprawy*; nam bowiem tu nie chodzi o wyrazy, ale o rzecz samą. Zresztą może i wszystkie wyrazy są jednakowo usprawiedliwione; gdyż odstraszenie i poprawa są to następstwa, skutki, które bezpośrednio z kary wypływają; a ponieważ za pomocą tych skutków (odstraszenia i poprawy) wynikających z kary, da się osiągnąć cel główny, to jest utrzymanie porządku społecznego, zatém odstraszenie i poprawa są środkami; a gdy te środki służą właśnie do utrzymania porządku, będącego głownem zadaniem państwa, państwo więc powinno dążyć do tego, aby każda kara zarazem i odstraszała i poprawiała, czyli w takim razie odstraszenie i poprawa będą celami kary.

Państwu głównie o to chodzi, aby każdy z jego członków wiernie wykonywał swoje obowiązki względem niego, aby porządek społeczny był zachowany i ztąd aby przekroczeń prawa, przestępstw, jak najmniéj było, gdyż państwo wymierzając karę, dajmy na to, zapobiega dalszym złym skutkom przestępstwa, w zupełności, jeśli to być może; ale nie znosi strat i szkód natychmiast i bezpośrednio przez przestępstwo zrządzonych; zatem im więcéj będzie spełniać się przestępstw, tém większa będzie ogólna summa złego dla społeczeństwa; musi więc chodzić temu ostatniemu o to, aby przestępstw spełniało się jak najmniéj.

Przedewszystkiem więc państwo stara się odebrać tak przestępcy, jak i innym ludziom chęć spełniania przestępstw, czyli odstraszyć ich. Strach, bojaźń kary, powstrzymuje wszystkich od występnych czynów, a uczucie boleści wycierpianéj kary, odstręcza winnego i strzeże na przyszłość od nowych wykroczeń, w karze więc powinien mieścić się koniecznie pierwiastek odstraszający.

Jednak historya i doświadczenie przekonywa, że najsurowsze kary dawnych kodeksów nie wytępiły przestępstw, nie potrafiły powstrzymać od złego. Przyczyną tego przedewszystkim jest sama natura ludzka: strach bezwątpienia działa na człowieka, ale działa chwilowo; człowiek przyzwyczaja się do niego, oswaja z nim. Wola przestępcy pod grozą strachu ustąpi, pod przemocą ugnie się, ale się nie zmieni, nie odrodzi; lecz przeciwnie pod naciskiem odstraszenia stanie się on chytrym, przebiegłym, podstępnym i przy danéj sposobności rzuci się do spełniania przestępstw z większą energją, z większą gwałtownością i zuchwalstwem, jak sprężyna oswobodzona z pod tłoczącego ją ciężaru. Człowiek rozdrażniony nieuznaniem jego wyższéj, moralnéj natury, oburza się, róznamiętnia i nabiera tém większéj siły opornéj, im bardziéj mechaniczne było oddziaływanie nań kary. Zresztą przestępca w chwili spełnienia czynu zakazanego nie myśli o oczekującéj go karze, a choćby i myślał, to nadzieja ukrycia, lub zatarcia śladów występku i inne chwilowo nań działające okoliczności zaciemniają i niweczą zbawienny wpływ strachu.

Również widok cierpień ukaranego nie wpływa tak zbawiennie na widzach, jakby się to z pozoru zdawało. Najwięksi zbrodniarze, jak można przekonać się z processów karnych, niejednokrotnie byli świadkami srogich egzekucyj, przypatrywali się karze śmierci, piętnowania, słyszeli straszliwe wyroki, a jednak tychże samych dopuścili się przestępstw; pokazuje się więc z tego, że widok podobnych kar demoralizuje zarówno delikwenta, jak i tych, którzy mu się przypatrują.

Zbytnia srogość kar utrzymuje grubość uczuć, złośliwość, wytępia szlachetne serca popędy, budzi i utrzymuje dzikie namiętności jak zemstę, srogość, nienawiść i t. d., a nawet jak Mittermaier (Archiw des Criminalrechts, 1836 r.) wykazał, mnoży sama i zwiększa liczbę przestępstw, tworzy nowe ich rodzaje.

Nakoniec zanadto surowe kary sprawiają to, że często prawodawca zmuszony jest łagodzić je w drodze łaski, a sędzia szukać wybiegów, aby obejść zbyt surowe prawo, przez co osłabia się powaga i energja sprawiedliwości społecznéj, a tém samém w rezultacie odstraszenie sprowadza wprost przeciwne skutki tym, jakich się po niém spodziewano.

Statystyka, cyframi popiera, stwierdzone doświadczeniem prawidło, że tam, gdzie teorya odstraszenia przemaga, ilość i waga, to jest doniosłość, wielkość przestępstw się zwiększa i że recydywy zbrodniarzy, to jest popadnięcia na nowo w te same przestępstwa, za które byli już karani, zdarzają się tam bardzo często i że przeciwnie, gdzie kary są łagodniejsze, tam proporcyonalnie do ludności, przestępstwa są nierównie rzadsze i mniéj doniosłe.

Jeżeli więc państwo będzie się ubiegać o to, aby kara tylko odstraszała, to z pewnością ono przez nią nie osiągnie zmniejszenia przestępstw, lecz owszem do istniejącege już złego, będzie dodawać nowe złe, gwałcąc zasady sprawiedliwości i demoralizując swych własnych członków.

§ 32. Przeciwnie kara, która moralnie poprawi przestępcę, to jest zniszczy w duszy jego wszelką chęć złego, wszystkie złe namiętności, najskuteczniéj zdoła zmniejszyć ilość i doniosłość przestępstw i zapewnić poszanowanie dla prawa, gdyż w miejsce niebezpiecznego indywiduum, gotowego na wszystko, wyczekującego tylko sposobnéj chwili, aby do skutku przyprowadzić swe występne zamiary, w miejsce niejako chorowitego, oddaje społeczeństwu zdrowego członka i pojmującego odtąd swoje stanowisko i obowiązki. Poprawiony, odrodzony moralnie

przestępca, nie spełni już więcéj zakazanego czynu i społeczeństwo może być już spokojne o niego.

Jednak przyjmując za cel kary tylko poprawę, trzeba karać tylko o tyle, o ile to potrzebném jest do wywołania poprawy; zatém niechcących się poprawić należałoby, albo wcale nie karać, albo karać ich ciągle choćby do końca życia, jeśli się wcześniéj nie poprawią; przestępstwa zaś nie będące dowodem moralnego zepsucia, a tylko krewkości, źle zrozumianego honoru, wstydu i t. d. wypadałoby puszczać bezkarnie.

Zresztą poprawa i kara są to dwie różne rzeczy, nic wspólnego z sobą nie mające. I jeżeli państwo będzie się ubiegało w karze za poprawą, celem niewątpliwie humanitarnym, to pozbawi ją właściwego i odróżniającego piętna, czyli charakteru prawnego, a instytucye karne zmieni w instytucye dobroczynne i zatraci w nich wszelkie cechy repressyjne, to jest cierpkie, dotkliwe, bolesne, odstraszające strony. Wtedy pracowity robotnik skazany na życie pełne cierpień i pracy, będzie musiał zazdrościć losu zbrodniarza i wreszcie pójść za jego przykładem aby tylko jego los podzielić. Przestępstwa staną się epidemicznemi, udzielającemi się. I w takim razie rzekoma poprawa będzie mnożyć przestępstwa, nie zaś ich liczbę zmniejszać.

Myśli tu rzucone za i przeciw odstraszeniu i poprawie nie są nowe, lecz przeciwnie przez wielu na rozmaity sposób były powtarzane, albowiem tak odstraszenie jak i poprawa miały zapalonych swoich zwolenników i zaciętych wrogów. Nam się wydają podobne dyskussye tylko daremnem psuciem prochu, niepotrzebną szermierką słów, przyczynę któréj widzimy w tém, iż dotąd po największéj części usprawiedliwiano karę jéj celem, a przecież żaden cel, choćby najwznioślejszy nie usprawiedliwia środków, (zdanie przewrotne).

§ 33. Jeżeli zaś użycie kary usprawiedliwimy inaczéj, nietylko jéj celem, jeżeli ją oprzemy, jak wyżéj widzieliśmy, na sprawiedliwości i z téj ostatniéj wyprowadzimy środki karne,

to odstraszenie i poprawa będą tylko koniecznemi następstwami każdéj sprawiedliwéj kary.

Albowiem odstraszenie nie na tém polega, aby kara była większa od korzyści, jakie przestępca spodziewa się osiągnąć spełniając czyn zakazany, jak to utrzymują zwolennicy jego, bo nie zawsze pobudką do spełnienia zbrodni bywa korzyść, interes materyalny, lecz nierównie częściéj gniew, zazdrość, zemsta i inne tym podobne namiętności i nieraz człowiek czyniąc zadość swéj zemście gotów cały majątek stracić, życie ukrócić, aby tylko jakąkolwiek przykrość swemu wrogowi wyrządzić. Jakim więc sposobem przyjść do tak pojętego odstraszenia? Nadto jeżeli i przypuścimy, że przestępca działa zawsze kierowany tylko pobudką materyalnéj korzyści, to jakie środki posiada społeczeństwo, aby przekonać się o tém, jakie korzyści zamierzał on otrzymać z przestępstwa, gdyż to zawisłe jest od wewnętrznéj nieprzystępnéj strony, od indywidualności przestępcy, od jego wytrawności w złem. Przebiegły zbrodniarz bardzo często, jeśli nie zawsze, potrafi ukryć prawdziwe swe zamiary. Zresztą tak pojmując odstraszenie, społeczeństwo świadomie popełnia niesprawiedliwość, wymierzając karę większą od spodziewanéj przez przestępcę korzyści.

Lecz przeciwnie odstraszenie polega na tém, że przestępca lęka się zostać odkrytym i przekonanym i tém samém stracić honor i wyrobioną opinję w świecie, lęka sie być odosobnionym, odsuniętym od społeczeństwa wśród którego żyje i żyć będzie, lęka się utracić przyjaciół, protektorów, zwichnąć swój los na przyszłość, pozbawić się środków wyniesienia się, poprawienia swego stanu materyalnego, lęka się utracić stanowiska jakie zajmował w społeczeństwie, lęka się i innych tym podobnych następstw, które nie tylko przekonanych, ale i poszlakowanych, a nie uniewinnionych, dotykają z saméj natury porządku, ustroju społecznego. Słowem jak dla społeczeństwa są nierównie szkodliwsze dalsze skutki, płynące z przestępstwa, tak i dla przestępcy są nierównie szkodliwsze, a więc straszniejsze dalsze niekorzystne następstwa kary, niż na-

tychmiastowe przykrości i straty, poniesione w chwili wykonywania kary.

Tak samo poprawa przestępcy, nie da się wcale, albo bardzo rzadko, osiągnąć prawieniem kazań, morałów, groźbami potępienia wiecznego, bo to broń zbyt słaba i nie na wielu w obecnych czasach wrażenie robiąca; a tém mniéj zbyt łagodnem postępowaniem z przestępcą, które będzie tylko nieudolném pobłażaniem. Również ścisłe osamotnienie, które chociaż wprawdzie poprawia niekiedy przestępcę, ale jak poprawę tak samo i zepsucie lub obłąkanie spowodować może; bo człowiek sam sobie zostawiony, wyjęty z pod wpływów obcych, pozbawiony wszelkiego towarzystwa, tego koniecznego żywiołu jego istnienia, przyswaja sobie jaką myśl, jaką dążność, która bawi go i utrzymuje przy życiu, a rozwijając się w jednym kierunku, ciągle rośnie i potęguje się, w końcu dochodzi do ogromnych, zatrważających rozmiarów; i człowiek opuszcza takowy zakład, albo całkowicie poprawionym, albo zepsutym do szpiku kości, albo jeżeli dłużéj tam zostawał, zupełnym, waryatem, a przynajmniéj cierpiącym na monomanję, albo też z myślą samobójstwa, którą wkrótce po odzyskaniu wolności nieomieszka dokonać. Szczególny nacisk kładziemy na dwie ostatnie okoliczności; płynące z właściwości ducha ludzkiego

Ścisłe odosobnienie zdolne jest tylko zapobiedz szkodliwemu wpływowi bardziéj zepsutych zbrodniarzy, ale z drugiéj strony zgubny wpływ jego, bezpośrednio działający na umysł przestępcy, jest niezaprzeczony, zwłaszcza gdy ono trwa czas dłuższy.

Siła poprawiająca nie tyle zawiera się w sposobie wykonania kary, lub w pewnych specyalnych karach; ale przedewszystkiem w saméj zasadzie każdéj sprawiedliwéj kary. Jeżeli przestępca nie będzie widział w karze gwałtu, przemocy, ale tylko sprężystą i nieugiętą sprawiedliwość, dotkliwą choć ojcowską, to ją nauczy się szanować, poważać, będzie wiedział, że kara dotyka tylko winnych, nieprzekraczając nigdy zasad sprawiedliwości; i jeżeli mu nie będą tylko odebrane środki

poprawy, to jest, jeśli nie będzie pozbawiony wszystkiego, co posiadał, co mu drogiem było, jeśli nie będzie doprowadzony do rozpaczy, jeżeli nakoniec będzie widział, że podniesienie się, powstanie z kału występku od niego, od jego chęci i woli zależy, że może jeszcze zmyć z siebie tę plamę uczciwém życiem i cieszyć się tegoż owocami; to z pewnością się poprawi. O poprawie jego w tych warunkach wątpić nie można.

Takie więc środki karne, jak, śmierć naturalna lub cywilna, pozbawienie wszelkich praw, konfiskata całego majątku, dożywotnie więzienie, kary hańbiące; tudzież zupełny brak lub ograniczone użycie instytucyi zwanéj rehabilitacyą, nie tylko że są w zasadzie niesprawiedliwe, że depczą godność człowieka, oburzają uczucie, tak przestępcy, jak i ogółu; ale są najprzeciwniejsze idei poprawy, bo kto stracił wszystko, nic nie ma do stracenia.

§ 34. Jeżeli więc kara, jak my ją pojmujemy, będzie polegać na odjęciu tylko dóbr i korzyści, jakie dane uspołecznienie zapewnia swym członkom, a nigdy innych, które są darem innego ospołecznienia lub innego porządku naturalnego; jeżeli to pozbawienie nastąpi z zasady samozachowania, w celu zapewnienia porządku ładu wewnętrznego, w celu łatwiejszego spełnienia swego zadania; jeżeli odjęte korzyści nie będą większe od szkody *przyczynionéj* przez przestępstwo, a wrazie wątpliwości będzie zachowana zasada *in dubiis in mitius;* jeżeli ospołecznienie cofnie się do wymierzania kary tam, gdzie daną jednostkę można zwrócić do wykonywania swych obowiązków innym sposobem, lub dochodzenie i śledztwo więcéj mogłoby złego spowodować, niż puszczenie bezkarne przestępstwa i jeżeli w przeciwnym razie w dochodzeniu będzie energja, szybkość i godność; nakoniec jeżeli będą zakazane tylko te czyny, które są potępione przez sumienie ogółu; to za pomocą tak pojętéj kary osiągnie się główny jéj cel: zabezpieczenie porządku społecznego, tudzież zmniejszenie liczby i doniosłości przestępstw, bo w niéj będzie się zawierać i odstraszenie i poprawa.

Albowiem członkowie danego ospołecznienia będąc przekonani i pewni, że każde przestępstwo będzie ukarane, że przy dobrem urządzeniu policyi kryminalnéj, żaden zbrodniarz ukryć się nie potrafi, że tylko winnego będzie dosięgać sprawiedliwość karna i że wymiar takowéj szybko nastąpi; słowem nikt nie będzie mógł liczyć na bezkarność, na uniknienie niekorzystnych następstw czynu zakazanego, w czém właśnie mieści się siła odstraszająca kary.

Z drugiéj strony tak pojęta kara szanuje godność człowieka, nie poniża go, nie czyni narzędziem jakichś celów, a wymierza mu tylko sprawiedliwość, odejmuje mu tylko to, czego już sam się pozbawił, spełniając czyn zakazany i zrządzając przez to szkodę społeczeństwu, nie pozbawia go wszystkiego, co posiadał, co mu drogiem było, nie pozbawia, ale zostawia mu wszelkie środki poprawy, stania się jeszcze użytecznym członkiem społeczeństwa, zmazania swéj winy, zmycia plamy, zajęcia dawnego stanowiska, a nawet posunięcia się na wyższy szczebel w świecie. Przestępca więc postawiony między dwoma alternatywami: albo trwać w swéj zatwardziałości, walczyć z porządkiem społecznym i przez to ulegać wszystkim niekorzystnym, dotkliwym następstwom, które niewątpliwie go dotkną, wszystkim stratom, które niechybnie poniesie, jeśli nie zejdzie z drogi występku, jeśli nienauczy się szanować prawa; albo z drugiéj strony poprawić się zrzec się swych występnych zachceń i nałogów, naprężyć swą wolę ku dobremu i ku pokonaniu dzikich namiętności, pogodzić się, z porządkiem społecznym, postanowić mocno, już więcéj nie naruszać jego zakazów, nie spełniać przestępstw ani takich samych, ani innych i przez to korzystać ze wszystkich owoców i dobrodziejstw, jakie byt społeczny zapewnia dla swych członków, żyjących uczciwie i spełniających wiernie swoje obowiązki. Bezwątpienia i własny interes i przeświadczenie moralne i poszanowanie dla sprawiedliwości, która bardzo silny wpływ wywiera nawet na najbardziéj zepsute natury, poradzą przestępcy wybrać alternatywę drugą i w tém właśnie zawiera się poprawiająca siła kary.

Dla społeczeństwa zaś wszystko jedno, czy przestępca się poprawi z gruntu, czy tylko dla swéj korzyści postanowi żyć uczciwie i wykonywać swoje obowiązki; dość aby tylko nie spełniał przestępstw.

Wreszcie przechodzimy do ostatniego rozdziału, w którym zastanowimy się nad przymiotami dobréj kary, a tak całkowita jéj natura będzie nam już doskonale znaną.

ROZDZIAŁ IV.

Przymioty kary.

§ 35. Przystępując do wskazania przymiotów, jakie każda dobra kara posiadać powinna, aby swemu celowi godnie odpowiedzieć mogła, najprzód musimy powiedzieć, że te przymioty są nieodłącznemi od każdéj sprawiedliwéj i opartej na wskazanych w niniejszej pracy zasadach kary, że je każda taka kara z saméj natury posiada i posiadać koniecznie musi i że warunkowanie kary, zkąd inąd uzasadnionéj, jéj przymiotami, jest nawet zbytecznem. A wreszcie posuwając się jeszcze daléj, śmiemy twierdzić, że przymioty kary zostały stawione przez niektórych autorów po to tylko, aby ograniczać konsekwencye swoich własnych teoryj i aby potępić takie środki jak kara śmierci, piętnowanie, konfiskata całego majątku i t. p. a których to środków same przez się podstawowe zasady ich teoryi nie były w stanie obalić. Nadto niektóre wymagane od kary przymioty są niemożliwe do osiągnięcia w całéj konsekwentnéj ich ścisłości.

Z tego cośmy dotąd mówili o prawie karania, istocie kary i jéj celach, wypływają dwa główne przymioty dobréj kary: *użyteczność* i *sprawiedliwość*, bez których to przymiotów kara nie byłaby karą, ale krzyczącą niesprawiedliwością, przemocą, gwałtem silniejszego nad słabszym. Gdyż żaden związek spo-

łeczny niemoże karać dla saméj kary, lecz tylko służy mu możność użycia jéj wtedy, kiedy ona jest potrzebna, kiedy służy do zabezpieczenia jego istnienia. A także żadne ospołecznienie nie powinno gwałcić zasad sprawiedliwości, bo przez to samo popełniałoby czyn karygodny, demoralizowało swych członków i w takim razie niesprawiedliwa kara więcéj przyczyniałaby złego dla społeczeństwa, niż samo przestępstwo, za które została wymierzoną.

Zeby kara mogła być użyteczną, to jest, żeby mogła zabezpieczać porządek społeczny, zmniejszać liczbę i doniosłość przestępstw, powinna być *przykładną* i *poprawiającą*. Jak należy pojmować odstraszenie i poprawę, to była już mowa w przeszłym rozdziale.

Do osiągnięcia tych skutków najwięcéj się przyczynia jawne we wszystkich fazach postępowanie z przestępcą, przez co ogół, całe społeczeństwo ma największą rękojmię, że kara sprawiedliwie będzie wymierzona i że żaden zbrodniarz nie ujdzie bezkarnie; a każda po szczególe jednostka, nie będzie sądzona i karana niewinnie. Nadto jawność postępowania wywołuje siłę odstraszającą kary, gdyż ogół obznajmia się dokładnie ze wszystkiemi, niekorzystnemi następstwami, z doniosłością kary za spełnienie zakazanych czynów i nabiera przekonania że żadne przestępstwo nieuchodzi bezkarnie; z drugiéj zaś strony jawność postępowania wpływa na poprawę, albowiem wobec niéj władza karząca będzie wstrzemięźliwa w użyciu takich środków i takiego obchodzenia się z przestępcą któreby poniżało, unikczemniało godność człowieka, a przez to obudzało w nim nienawiść ku porządkowi społecznemu i jego prawom.

Co do sprawiedliwości, to wskazując granice kary powiedzieliśmy, że kara niemoże być większą od zrządzonéj przez przestępstwo szkody, jednak oprócz tego kara i w zastosowaniu powinna być sprawiedliwą.

Wtedy kara będzie sprawiedliwa w jéj zastosowaniu, kiedy będzie: *osobista, odpowiednia winie, podzielna, jednaka dla wszystkich, odwołalna i wynagradzalna.*

§ 36. Kara powinna być *osobistą* w tém znaczeniu, iż ma dotykać tylko samego przestępcę, a nie rozciągać się do innych, połączonych z nim jakiemikolwiek związkami osób.

Jednak w życiu społeczném ten warunek jest niemożebny do przeprowadzenia w całéj jego ścisłości, gdyż człowiek nie jest istotą odosobnioną: ma ojca, matkę, żonę, dzieci, krewnych, nie z kamienia przecież on się urodził. Każda kara spotykająca przestępcę czuć się daje i osobom mu bliskim, jeśli nie materyalnie, to przynajmniéj moralnie. I rzeczywiście, nie mówiąc już o potępionych w téj pracy środkach karnych, nawet kara pieniężna pociąga zmniejszenie utrzymania dla całéj rodziny ukaranego, a więc niezasłużenie naraża na niedostatek, a często i na nędzę niewinnych jéj członków. Kara więzienia wymierzona na ojca familji również odbiera jéj może jedynego opiekuna i chlebodawcę i częstokroć rzuca w nędzę i rozpacz tych, którzy nic nie zawinili.

Jednak oto niemożna obwiniać prawo. Kara jest solidarną dla tego, że solidarność leży w naturze, w sercu człowieka, bez niéj człowiek byłby nieszczęśliwą istotą, ona tak smutek jak i radość, rozkosz i cierpienia podnosi, powiększa, potęguje. Charakter człowieka i jego prowadzenie się jest owocem wielu przeszłych, najróżnorodniejszych przyczyn i wpływów: stosunków, znajomości a przedewszystkiem wychowania. Wpływ rodziny w ogóle gra tu najważniejszą rolę. Z tego też względu trudno przypuścić, żeby człowiek dokonał przestępstwo pod działaniem jednéj, chwilowéj pobudki. Przestępstwo po największéj części wymaga gruntu przysposobionego; złe układa się w sercu jego powoli stopniowo, warstwami, nim na zewnątrz się przejawi. Roztwórzcie wnętrze człowieka, zbierzcie i oceńcie różne uboczne dawniejsze wpływy, a znajdziecie tam nierównie silniejsze przyczyny, które popchnęły człowieka na rozdroża występku.

Rodzina, która cierpi materyalnie lub moralnie skutkiém wymierzonéj kary na jednego z jéj członków, w pewnéj mierze zasługuje na to, gdyż nawet wtedy nie jest bez pewnéj winy, kiedy bezpośrednio jéj takowéj wykazać nie można. Jeśli nie była ona dalszym, odległéjszym powodem spełnienia czynu zakazanego, to przynajmniéj zaniedbała wpłynąć na swego członka tak, aby go odwieść, powstrzymać swemi moralnemi środkami od dokonania przestępstwa. Syn został ukaranym, a rodzice uczuwają dotkliwie skutki téj kary; i słusznie; bo nieumieli, nie potrafili dobrze wychować swego dziecka, wpoić weń zamiłowania cnoty, a obrzydzenia występku, wdrożyć go do pracy, obudzić w nim poszanowanie dla prawa i porządku społecznego. Ojciec został ukarany, a dzieci cierpią z tego powodu; lecz może on z przyczyny ich rzucił się w odmęt zbrodni. Żonę dotykają niekorzystne następstwa wymierzonéj kary na jéj męża; ale być może, że ten ostatni naruszył porządek społeczny i jego prawa dla tego tylko, aby dogodzić zachceniom i kaprysom swéj żony, którą szalenie kochał.

Solidarność więc ta jest wrodzoną naturze stosunków ludzkich i słuszną, bo jak przestępstwa nie można policzyć jedynie li tylko na karb tego, który je spełnił, ale trzeba coś przypisać i tym, którzy wpływali nań niekorzystnie, lub zaniedbali wpłynąć korzystnie; tak i kara wymierzona na przestępcę, bardzo sprawiedliwie dotyka i tych, którzy choć pośrednio są współwinnymi. Świat ten tak jest urządzony, że sama natura rzeczy mści się na winnych.

Lecz jak przestępstwo bez względu na odległéjsze, pośrednie pobudki, musi być przypisane tylko jego sprawcy, tak i kara powinna być do niego tylko regulowana, a nigdy do osób, które bezpośrednio winnemi w spełnieniu danego przestępstwa, przekonanemi nie zostały. Społeczeństwo nie ma prawa tworzyć sztucznéj solidarności i przez to gwałcić zasad sprawiedliwości.

§ 37. Wymagany przez niektórych pisarzy warunek aby kara była *odpowiednia winie* w znaczeniu ich wzajemnéj równości, równowagi nie tylko praktycznie, ale i teoretycznie nie da się rozwiązać. Jest to jeszcze pozostałość po teoryach absolutnych.

Przeciwnie podług zasadniczych pojęć w niniejszéj pracy wyłożonych, maximum kary może dochodzić tylko do wysokości szkód zrządzonych społeczeństwu przez przestępstwo; i że społeczeństwo niema prawa używać większéj kary, jeżeli mniejsza wystarcza do zabezpieczenia porządku społecznego, a zatém choćby przestępstwo a więc i wina była bardzo wielka, a kara dostateczną była do osiągnięcia celu bardzo mała; to społeczeństwo ma obowiązek poprzestać na niéj.— Nadto jak człowiek prywatny może darować krzywdę, przebaczyć urazy, tak samo i społeczeństwu służy to prawo, i może ono puścić bezkarnie przestępstwo, jeżeli będzie widzieć w tém swą korzyść. Na tém więc polu porównywać karę z przestępstwem niepodobna. Jednak o równości kary z przestępstwem, a raczéj podług naszych poglądów o *stosunkowości kary* do przestępstwa, można mówić pod innym względem; a mianowicie pod względem zastosowania kary przez sędziego do danego wypadku.

Jeżeli przyjdzie pod rozpoznanie czyn, zawarunkowany pewnemi okolicznościami, a zatém i zaliczony do pewnego rodzaju, do pewnéj specyficznéj kategoryi przestępstw i jako taki zagrożony karą, mającą pewien przestwór, skalę ruchomą pozostawioną sędziemu do swobodnego posuwania się pomiędzy jéj *minimum* i *maximum;* to sędzia obowiązany przestrzegać święcie to prawidło, aby kara była odpowiednia winie, to jest; aby w tych granicach, w których on może swobodnie poruszać się, starał się jak najściśléj ustosunkować ilość kary do ilości winy przestępcy. Inaczéj pojmować ten przymiot kary nie można.

Warunek ten ściśle się łączy z następującym przymiotem, *podzielności* kary, które razem wzięte wzajemnie się dopełniają i uzupełniają.

Podzielność kary jest to jéj zdolność zwiększania się lub zmniejszania, albo co do siły, albo też stosownie do długości trwania. Przymiot ten w karze jest nieodzownym.

Jeśli kara ma być sprawiedliwą to powinna odpowiadać i być proporcyonalną do występku. A ponieważ skala winy w jedném i tém samém przestępstwie *np.* zabójstwie jest tak wielka, że między dokonaniem jego z bardzo łagodzącemi, a dokonaniem z bardzo obciążającemi okolicznościami jest wielki, prawie niezmierzony przestwór; to i kara powinna się układać równolegle do wszystkich odcieni winy; miarkować się i stosować do ważności spełnionego zakazanego czynu.

Kary z natury związków społecznych płynące są w wysokim stopniu podzielne: kara zamknięcia daje się przedłużać, skracać i obostrzać; kara pieniężna jeszcze bardziéj jest podzielona; kary polegające na odjęciu pewnych praw publicznych jak *np.* prawa wyborczego, prawa zarobków, handlu i t. d. również są podzielne bo można pozbawić tych praw na pewien tylko czas, dłuższy, lub krótszy w miarę wielkości winy.

Żaden zaś ze środków karnych przeciwnych istocie i naturze związków społecznych, a więc potępionych przez teoryę, którą głosimy, nieposiada tego przymiotu.

Dla większéj podzielności kary, a zatem do jéj sprawiedliwszego stosowania prawodawca powinien oznaczać stosunkowo małe *minimum* kary i znaczne *maximum*, gdyż sędzia mając dość obszerny przestwor do posuwania się od jednego do drugiego punktu, będzie mógł łatwiéj zastosować karę do wielkości winy w każdym indywidualnym wypadku

§ 38. *Jednaka dla wszystkich.* Daléj sprawiedliwość wymaga, aby kara za jedno i to samo przestępstwo wszystkich ludzi jednakowo dotykała.

Co do tego punktu objawiły się różne zdania u autorów: jedni domagali się bezwzględnéj równości w obliczu prawa karnego, tłómacząc rozmaitym sposobem jéj istotę; drudzy uważali ją za himerę, za utopiję, niedającą się nigdy w praktycznem zastosowaniu osiągnąć. Do tych ostatnich należy i znakomity Rossi.

I rzeczywiście pozorami tu bardzo łatwo uwieść się: I tak; skłonności i charakter indywidualny człowieka, nawyknienia i pojęcia jego, wpływ wychowania, sfera stosunków, w jakich on żył, nadają mu taką odrębność, taki stopień indywidualnéj wrażliwości, że prawie nie można znaleść dwóch ludzi, na których by jedna i ta sama kara jednakowo wpływała i w równym stopniu dotykała. Co dla jednego jest najwyższem, czy to fizyczném, czy moralném cierpieniem, drugi często to znosi łatwo, a nawet nieraz obojetnie.

Dla nieokrzesanego, grubego z natury, obojętnego, należącego do najniższych warstw społeczeństwa, kara na wolności nie będzie tak silną i tak dotkliwą, jak dla rzutkiego, przedsiębierczego, do ruchliwych zajęć nawykłego i czułego na honor człowieka. Więzienie wzorowo urządzone, gdzie niepogwałcono zasad ludzkości i sprawiedliwości; dobrze ogrzane, z dobrém i ze zdrowem, choć ostrém utrzymaniem będzie dobrodziéjstwem dla tego, który dotąd żył w zupełném ubóstwie i nędzy, a nieznośną męczarnią dla tego, który nawykł do wygodnego, przyjemnego i swobodnego życia.

Jednak ta nierówność pod pewnemi względami jest słuszną, sprawiedliwą i z natury życia ludzkiego płynącą, czyli jest ona w rzeczywistości równością. Albowiem kto otrzymał staranniejsze wychowanie, wyższe ukształcenie, lub przez swoje urodzenie stał na wyższym szczeblu społecznym; ten miał większą możność należytego pojęcia swych obowiązków, więcéj posiadał środków poznania całéj nikczemności pewnych czynów i ich uniknięcia, a zatém słuszną jest rzeczą, aby i dotkliwiéj uczuł wymierzoną nań karę.— I tak zostały spełnione

dwa przestępstwa przy jednakowych okolicznościach; jedno przez człowieka z wyższém ukształceniem, drugie przez prostaka; karę wymierzono na nich równą, jednak pierwszemu kara nierównie dotkliwiéj czuć się daje, niż drugiemu, ale też i wina pierwszego jest nierównie większa.

Z drugiej znów strony zastanawiając się nad położeniem bogatego i biednego, osadzonych do więzienia na przeciąg jednego czasu, przyjdziemy do zupełnie innych rezultatów nierówności kary. I tak dla bogacza nie wiele kosztuje przepędzić kilka miesięcy pod zamknięciem, gdzie za pieniądze może urządzić się dość wygodnie i żyć podług swego gustu. Przeciwnie dla nieszczęśliwego biedaka, będzie to zupełną ruiną, gdyż on w skutek tego pozbawienia wolności utraca wszystkie źródła dochodu, wszystkie środki do życia, dzieci jego skazują się na śmierć głodową i bardzo często kończy się to wszystko haúbą jego żony i córek.

Także i co do kar pieniężnych: tysiąc złotych nic nie znaczy dla miljonera, „dla niego to tylko okruszyna upadła „ze stołu Baltazara" jak się wyraża Franck. Lecz dla biedaka, który w pocie czoła zdobywa sobie codzienne wyżywienie, który żyje ze swéj pracy z dnia na dzień, kara tysiąca złotych równa się konfiskacie; która zupełnie go rujnuje wraz z rodziną: kara tysiąca złotych, to całe lata nieszczęść i trudów, które będą kamieniem ciążyć nie tylko nad winnym, lecz i nad jego żoną i nad dziecmi.

Jeszcze więcéj jest niesprawiedliwą zamiana kary pieniężnéj, któréj biedny nie jest w stanie zapłacić, na karę zamknięcia, karę nierównie surowszą i hańbiącą. Czy to nie znaczy karać biednego za jego nędzę i sprowadzać takową na stopień występku?

Jednak i téj nierówności nie ma w naturze. Podobna nierówność kary powstaje jedynie w skutek użycia niewłaściwéj miary, służącéj do oceniania wysokości kary, tudzież pewnego niekonsekwentnego obchodzenia się z więźniami.

Z motywów wyżéj w tym rozdziale przywiedzionych wypada, że obchodzenie się ze wszystkiemi osadzonemi za karę do więzienia bez względu na ich stan, ukształcenie i pochodzenie musi być jednakowe; żadne rozróżnienia w ich utrzymaniu, z wyjątkiem chorych i słabych, być niepowinny; a przedewszystkiem pod żadnym pozorem nie może być dozwoloném więźniom robienie sobie pewnych wygód i przyjemności za własne pieniądze. Przez to tylko zgubna nierówność kary zniesioną, a sprawiedliwe ustosunkowanie dotkliwości kary więziennéj do wielkości winy przywrócone zostanie.

Nierówność zaś kar pieniężnych usunie się przez przyjęcie za zasadę do oceniania wielkości kary pieniężnéj nie jednostkę monet, ale jeden dzień zarobkowy, czyli ilość zarobku, ilość dochodu wyrażoną w summie pieniężnéj, jaką dany człowiek przecięciowo dziennie otrzymuje. Albowiem dwa złote dla wyrobnika, jeżeli więcéj przecięciowo dziennie niezarabia będą miały równą wartość, jak dla bankiera 2,000 złotych, jeżeli ten przecięciowo tyle ma dziennego dochodu. Ta zasada przyjęta przez ekonomiję polityczną do oceniania wszelkich wartości odnośnie do osób, jest słuszną, sprawiedliwą i w prawie karném powinna znaleść najobszerniejsze zastosowanie; gdyż przez nią tylko uniknie się krzywdzącéj nierówności kar. Zatém i w ustawie karnéj zamiast stanowienia przestworu od maximum do minimum w jednostkach monetarnych wyrażonego *np.* od 3 do 50 rs., trzeba koniecznie takowy przestwór ilością dni zarobkowych oznaczać.

Także z tych samych powodów i od biednego zamiast kary pieniężnej, któréj on nie jest w stanie opłacić, trzeba żądać kilkudniowéj roboty na korzyść społeczeństwa, a nie zamykać go do więzienia, gdyż to będzie zgodne ze sprawiedliwością i korzystniejsze dla społeczeństwa.

Tak więc przeprowadzenie równości kary możliwe jest w ustroju społecznym i przymiot ten jest nieodzownym w karze.

§ 39 Aby kara zadość czyniła wszystkim wymaganiom sprawiedliwości powinna być nakoniec jeszcze *odwołalna* i *wynagradzalna*. Odwołalna kara jest wtedy, kiedy jéj bieg dowolnie w każdéj chwili można zatrzymać; wynagradzalną zaś jest wtedy, kiedy krzywdę niesprawiedliwie wyrządzoną można wynagrodzić.

Przymiot ten jest z tego powodu koniecznym w karze, iż skutkiem nieudolności ludzkich środków do przekonania się o rzeczywistéj prawdzie; niemożebności wdarcia się do wnętrza, do głębi serca podsądnego, poznania i ocenienia wszystkich pobudek i rzeczywistych jego planów, mogą się zdarzać a nawet często przy wadliwości procedury kryminalnéj, mylne lub niesprawiedliwe wyroki, mogą być ludzie za surowo lub zupełnie niewinnie skazani. Skoro więc się okaże, że ktoś niewinnie ponosi karę, to sprawiedliwość wymaga, aby ta kara natychmiast przestała go dotykać, i aby poniesione krzywdy i cierpienia były mu wynagrodzone. Albowiem, jak to już widzieliśmy wyżéj, żaden związek społeczny nie ma prawa nikomu robić żadnéj krzywdy, przyczyniać choćby najmniejszego cierpienia niezasłużenie; lecz tylko może tych, co spełniając przestępstwo, przyczynili się do jego szkody, karać, to jest odmawiać im dóbr i korzyści, jakie oni z niego osiągają i to tylko może odmawiać im tych korzyści najwyżéj do wysokości szkód, zrządzonych przez dokonanie zakazanego czynu.

Kary więc wrodzone naturze stosunków społecznych i jako takie, usprawiedliwione w Rozdziale I-ym niniejszéj pracy, są wszystkie bez wyjątku odwołalne i dające się nagrodzić. Karę zamknięcia można natychmiast przerwać wypuszczając na wolność uwięzionego i wynagrodzić mu pieniężnie za poniesione straty i nieosiągnięte korzyści.. Kary

pieniężne dadzą się odwołać i wynagrodzić przez zapłacenie summ i procentów od nich, tudzież wynagrodzenie szkód i strat. Odjęte prawa publiczne mogą być przywrócone i również łatwo wynagradzone jak i powyższe.

Przeciwnie takie kary jak kara śmierci, piętnowania, chłosty, kary hańbiące i wszystkie inne potępione przez teoryę której głosimy się zwolennikami, po największéj części są nieodwołalne i prawie zawsze niewynagradzalne.

Jednak żądać wynagradzalności scisłéj, absolutnéj, zważonéj i ocenionéj na szalach bezwzględnéj sprawiedliwości nie można, gdyż to byłoby nad siły ludzkie; i trzeba poprzestać na warunkowéj i ograniczonéj tylko do strony realnéj człowieka; albowiem ,,wynagrodzenie nie może całkowi- ,,cie zrównoważyć poniesionego cierpienia, *np.* jeśli kto część ,,kary w więzieniu już odsiedział, któż mu powróci utracone ,,zdrowie? czém powetuje on cierpienia moralne, jakie po- ,,niósł? Nawet zwrócenie uiszczonéj niesłusznie kary pie- ,,żnéj niezawsze może nagrodzić krzywdę. Skutkiem ścią- ,,gnięcia téj kary skazany mógł chwilowo popaść w niedo- ,,statek.“ Temi trafnemi uwagami p. Budzińskiego (W. P. Prawa karn) zakończamy naszą pracę i tuszymy sobie, że całość rzuconych w niéj poglądów i wygłoszonych zasad, daje ogólne, acz może zbyt pobieżne, pojęcie o karze, a przez to czyni zadość naszemu założeniu.

WYKŁAD POSTĘPOWANIA SĄDOWEGO CYWILNEGO

przez

Hipolita Chwaliboga.

1

WSTĘP.

Określenie Procedury.

Kodex postępowania sądowego cywilnego, inaczej zwany procedurą (z wyrazu łacińskiego „procedere“ postępować), wskazuje prawidła, do jakich sędziowie i strony stosować się mają, pierwsi aby wymierzać, drudzy aby otrzymywać sprawiedliwość. Pothier (jeden z autorów z XVIII wieku), tak określa procedurę.

„Jestto zbiór prawideł, podług których, należy wnosić do sądów żądania, bronić się przed sądami, przychodzić z interwencyą, odbywać instrukcyę sprawy, wydawać wyroki, skarżyć je i wykonywać“.

Określenie to wszakże, obejmuje tylko część procedury, nazywaną postępowaniem spornem (la procedure contentieuse). W wielu wszakże prawodawstwach, a między innemi w obowiązującem u nas (francuzkiem), kodex postępowania cywilnego, obejmuje zarazem przepisy postępowania, nawet w takich przypadkach, gdzie żadnego niema sporu, lecz tylko sędzia

uświęca i uprawnia pewne czynności, pieczęcią swej powagi. (*Tu należą np. przepisy dotyczące urządzenia opiek, przysposobienia, usamowolnienia, otworzenia testamentu, oraz różnych postępowań, w razie otwarcia się spadku*).

Tego rodzaju postępowanie, zowią niektórzy autorowie, procedurą dobrowolną (procédure volontaire, gracieuse).

Prawnik angielski Bentham, proponował dać prawom, dotyczącym procedury, nazwę praw *przymiotnych*, dla odróżnienia ich od *głównych*, to jest cywilnych albo karnych, które nazywał rzeczownemi. Takiemu przecież określeniu, zbywa na potrzebnej ścisłości i nieweszło też w powszechne użycie. Zadaniem bowiem procedury, nie jest wcale modyfikować prawo cywilne albo karne, ale raczej nadać mu ostateczną wykonalność i wprowadzić je w życie.

Postępowanie sądowe, podług celu, do jakiego zmierza jest albo karne, albo cywilne. Jak jednego tak i drugiego, celem istotnym, jest wykrycie prawdy. Gdy przecież w postępowaniu karnem, władza w imieniu społeczeństwa jest stroną głównie działającą, to jest dochodzenie czynów karogodnych, odbywać się zwykło z urzędu; przeciwnie w postępowaniu cywilnem, inicyatywa działania, należy do osoby prywatnej, na żądanie której rozpoczyna się proces.

W dalszym też przebiegu cywilnego procesu, pospolicie wiele bardzo od działania samych stron, albo ich obrońców, zawisło: (tak jak jest w francuzkiem prawie), a tylko niektóre prawodawstwa (zwłaszcza niemieckie), działalności samych sądów, główny kierunek procesu pozostawiają. Dążność wszakże do Francuzkiego systematu, zaczęła się w Niemczech, w ostatnich czasach objawiać. Również i postępowanie w Cesarstwie, oparte dawniej na systemacie działania z urzędu, obecnie bardziej zbliżony do francuzkiego, przybrało kierunek.

Postępowanie cywilne, podług rodzaju sądów, do których się odnosi, może być podzielone na postępowanie sądowo-administracyjne, (obejmujące postępowanie przed sądami administracyjnemi), i postępowanie sądowe.

To ostatnie tylko, będzie przedmiotem naszego wykładu, w skład którego wejdzie, jako część nieodłączna. Organizacya Sądownictwa Cywilnego.

Ona wyjaśni jakie sądy stoją na straży wymiaru sprawiedliwości; jaki ich skład, jakie obowiązki i zakres władzy.

Stosunek Kodexu P. S. do kodexu Cywilnego.

Kodex cywilny i kodex postępowania sądowego, ścisłym są połączone węzłem. Rzec można bez przesady, że pierwszy byłby abstrakcyą, gdyby drugi nieistniał.

Rzeczywiście, obok prawa, urządzającego stosunki (drôit déterminateur), niezbędne są prawa uświęcające (drôits sanctionnateurs), które wskazują sposoby ich wykonania.

Kodex cywilny do pierwszego, a kodex postępowania sądowego, do drugiego rzędu należy.

Kodex cywilny, urządzając prywatne stosunki ludzi między sobą, tem samem, jednym nadaje pewne prawa, a na drugich wkłada pewne obowiązki.

Obowiązek, nieznajdujący w prawie środków znaglenia do jego wykonania, byłby tylko prostą *powinnością*, lecz taki stosunek nie jest dość silnym, gdyż prawa wynikające z cywilnych ustaw, bywają zbyt często gwałcone. Kodex cywilny stanowi w wielu razach już to nieważności pewnych aktów, już to wynagrodzenie szkody, już to możność dochodzenia należności z umowy albo spadku. Dochodzenie praw swoich siłą, byłoby przeciwne porządkowi społecznemu, cofnęłoby nas do tej odległej epoki, gdy żadnych praw niebyło.

W przepisach postępowania sądowego, każde rozporządzenie kodexu, znajdzie swą sankcyę i poparcie. One są tarczą ochronną, naszej własności, wolności honoru. One, zabiegi ludzi złej woli, niweczą. Za ich pomocą, ostatni z poddanych, osiąga sprawiedliwość, nawet w sporach z władzą rzą-

dzącą; słowem, stanowią one skuteczną zaporę przeciwko samowolności wszelkiego rodzaju, i koniecznem są uzupełnieniem praw cywilnych.

W życiu społecznem, potrzeby i namiętności, muszą koniecznie rozliczne spory wyradzać, ale gdyby wolno było każdemu, wymierzać sobie sprawiedliwość, wtedy słabszy musiałby uledz sile, a gdzie panuje siła, tam ginie prawo W sercu ludzkiem, tak dalece daje się uczuwać potrzeba sprawiedliwości, że bez uczynienia zadość tej potrzebie, niemożna się spodziewać społecznego porządku.

Trzeba więc użyć pośredników legalnych, którzy muszą być postawieni wyżej nad tych, których sądzić mają; muszą mieć powagę moralną i materyalną, niemniej środki nadania skutku swym wyrzeczeniom, lecz których zadaniem, nie jest stanowić prawa, ale je stosować.

W zawiązku społeczeństw, pospolicie ojciec familji, albo naczelnik pokolenia, wszelkie spory przecinał.— Z pomnożeniem się ludności i rozwojem cywilizacyi, władza rządząca, zbyt wiele ma zajęć, aby mogła zarazem sama, władzę sądowniczą wykonywać, a ocenianie sporów, staje się trudnem, bo nauki i doświadczenia wymagającem zadaniem. Stąd potrzeba osób wyłącznie poświęconych zawodowi sądowemu. Z nastaniem sądów rodzi się potrzeba określenia ich władzy, oraz wskazania prawideł czyli form jakiemi kierować się powinny.

Potrzeba prawideł postępowania przed sądami.

Władza sądowa, niemogłaby należycie być wykonywaną bez zasad wskazujących, jaką drogą mięszkańcy mają występować ze skargami przed sądy, jak sądy zawiadomione o ich żądaniach i zasadach działać mają; wreszcie jaką drogą, wykonywanie wyroków, odbywać się powinno.

Formy postępowania, godzić powinny względność należną obronie, z potrzebą rychłego zadośćuczynienia prawnym żądaniom.

One kierują Sędzią w poszukiwaniu prawdy; one usuwają nieporządek, zawikłania i samowolność, przy wymiarze sprawiedliwości tak szkodliwą; słowem jak mówi d' Aguesseau, nadają życie prawu samemu. Uczucie potrzeby tych form, tak jest powszechne, że nawet pod przewagą siły, starano się niemi otoczyć.

Za przykład weźmy pojedynki i sądy Boże, które także w pewne prawidła ujęte były.

Odpowiedź tym, którzy twierdzą, że formy są nieużyteczne.

Niektórzy wszakże mniej doświadczeni nowatorowie, umysły lekkie i powierzchowni badacze, pomięszawszy niektóre nadużycia z samą instytucyą, zaczęli wygłaszać, że wszystkie formalności procedury, wynalezione zostały tylko na to, aby zatamować bieg poszukiwań, aby zbogacić skarb i urzędników sądowych, a twierdząc że dla objaśnienia Sędziego, proste stawiennictwo stron wystarczy, bez żadnych pism poprzednich i kosztów, wszelkie inne formy, pragnęli usunąć.

Taka dążność, okazała się naprzód w pismach filozofów XVIII wieku we Francyi. Wśród gwałtownego popędu do reform, jaki się wtedy objawił, posłuchano na chwilę tego głosu. Prawo z 3 Brumaira 2 roku rewolucyi (24 października 1793 roku), wykazało przez smutne doświadczenie, mylność systematu, do zniesienia form sądowych dążącego, i dostarczyło prawodawcom dostatecznych wskazówek, aby ich zabezpieczyć na przyszłość od marzeń podobnych. W dzisiejszym stanie społeczeństw, spory sądowe, mają zbyt wiele odmian i przypadków, aby mała liczba prawideł, mogła na wszystkie potrzeby wystarczyć. Zła wiara stron w processach będących, obfituje w nieskończone środki, aby podejść przekonanie sędziów i uchylić się od rygoru prawa. Czujność prawodawcy, powinna śledzić złośliwość ludzką, we wszystkich jej tajnikach, i zamknąć drogi, któremi podstęp i wszelkie nieprawe zabiegi, wprowadzić się mogą.

Konieczne formalności procedury, jakoto: termina zwłoki i upadku prawa, słusznie są poczytywane, przez ludzi doświadczonych, jako zabezpieczenie praw mięszkańców. Formalności, nadają kierunek instrukcyi w sporach, zabezpieczają bezstronność sędziego, dając mu ciągle uczuć siłę zasad i niezłomnych prawideł. Termina rozsądnie udzielane, dają należyte pole prawu słusznej obrony i powściągają skwapliwość wyroków.— Upadki praw (décheances), zabezpieczają spokojność rodzin, na mocy domniemań rozsądnych. Zawsze jest za wiele formalności, (jak mówi Montesquieu), gdy zapytamy stronę procesującą się w złej wierze, której są na zawadzie. Zawsze jest ich za mało, gdy zapytamy tych, których mają osłaniać. Ich wielość, powolność i koszta, są niejako ceną, którą ofiaruje każdy za bezpieczeństwo praw osobistych i majątkowych.— Wprawdzie postępowanie sądowe, jak wszystkie, nawet najlepsze instytucye, może dać powód niekiedy do nadużyć, które mają swe źródło w ułomności ludzkiej, bo doskonałość bezwzględna, niemoże być naszym udziałem. Można się na to zgodzić, że prawa tego lub owego kraju, dotyczące procedury, niewszystko przewidziały, można powiedzieć, że pożądane są rozsądne ulepszenia, gdy doświadczenie wykaże ich potrzebę, lecz niemożna potępiać procedury w zasadzie, bo właśnie jej celem jest powściąganie nadużyć, którebу mogły się wcisnąć, przy wymiarze sprawiedliwości.

Jeżeli przebiegłość stron i ich doradców, środki do zawikłania sporów, umie wynajdywać, to należy, jak powiedział jeden wielki prawodawca (*Fryd. ryk Wielki*), aby prawo miało sposób odwikłania takowych.

Potrzeba uczenia się procedury.

Z potrzeby procedury i łatwości nadużyć, wypływa konieczność uczenia się takowej.

Teoretyczny jej wykład, potrzebuje nieraz walczyć w umysłach młodzieży z niebezpiecznemi przesądami. Słów kilka poświęcę, aby im zapobiedz.

Procedura, zdaje się być dla niektórych przedmiotem zbyt suchym i jałowym. Innym znowu, zdaje się być tylko rzeczą pamięci i rutyny, zbiorem formuł i dowolnie postawionych terminów, nieprzedstawiającym rozumowi, ani tej stałości zasad, ani tej rozległości teoryi, ani tej rozmaitości pytań, czyniących tyle zajmującem prawo cywilne. Mniemają, że można ją poznać, bez nauki, wykładu i dyskussyi, przez samą praktykę, tak *np.* jak się poznaje drogę, którą się często przebywa. Możnaby zgodzić się na te wywody, gdyby punkt wyjścia był prawdziwym.

Gdyby rzeczywiście procedura, niewiązała się przez ścisłą łączność ze wszystkiemi gałęziami prawa, i nieprzedstawiała ważnych a trudnych czasem do rozwiązania wątpliwości, gdyby mogła się odłączyć od praw cywilnych, albo raczej, gdyby nauka tychże praw, mogła być zupełną odłączając się od niej; gdyby jednem słowem procedura była niczem innem, tylko sztuką formuł, wyrachowaniem terminów, prostą rutyną, w takim razie, szukać w niej zasad, teoryi, systematów; poddać ją logicznemu rozbiorowi, racyonalnemu wykładowi, byłoby pracowitem, a bezowocnem usiłowaniem.

Był czas taki, że procedura przedstawiała niekształtny zbiór porozrzucanych rozporządzeń i zwyczajów, podlegających zmianom podług miejscowości i czasu. To też przez długi czas, niebyła ona metodycznej nauki przedmiotem. Prawnicy, filozofowie i historycy, zaniedbywali naukę form, pozostawiając ją tym, którzy mieli formy w użyciu praktycznem.

Otóż, ci ostatni, mieli zbyt ograniczone pojęcia. Obcy wiadomościom, które dozwalają z wyższego stanowiska, zapatrywać się na prawo, nieznający tych gałęzi wiedzy, które dozwalają wznieść się do filozofji, zajmując się zawsze prawami szczególnemi, a nigdy ogólnemi zasadami, niemogli podnieść procedury do wyższego znaczenia

Przy takim stanie pojęć, nic dziwnego, że procedura przez czas długi, niebyła po uniwersytetach wykładaną. Uczono się jej tylko praktycznie, przepisując i układając pisma sądowe oraz przyglądając się działaniu sądów i urzędników sądowych. Czas taki ws akże, niebył wiekiem złotym dla stron, które miały spory przed sądami, a doświadczenie wykryło, że rutyna, bez znajomości teoryi, nigdy niezaprowadzi daleko i na tysiączne błędy z nieznajomości zasad, naraża.

O sposobach uczenia się procedury.

Teorya uczy zasad, bez których zbywałoby na pewnym przewodniku. Teorya procedury, niebędzie nigdy zrozumianą, gdy niema dążności do zbadania dobrze zamiarów prawodawcy, jeżeli niesięgamy do źródeł skąd czerpał, jeżeli niestaramy się wykryć, pod powłoką form, zasad sprawiedliwości i moralności, które powinny oświecać praktykę i podnieść ją z ciemnych ram rutyny. Zdając sobie sprawę z przyczyn jakiej formalności, ogarnia się myślą wszystkie szczegóły przedmiotu, jaki prawo chciało urządzić, rozgląda go się wszechstronnie.

Znakomite ułatwienie w poznaniu ducha prawa, stanowić mogą motywa urzędowe, oraz protokóły narad i dyskussyi. Na ich ważność już Bentham zwracał uwagę, one teraz poprzedzać zwykły wszystkie ważniejsze prace prawodawcze.

Ze znajomością teoryi, w wielkiej liczbie przypadków, poradzić sobie zdołamy, ale też często, trafiają się zdarzenia, których przewidzieć, niebyło można. Praktyka właśnie nas obznajmia z podstępami i zabiegami, do usunięcia się z pod wymiaru sprawiedliwości, zmierzającemi. Często więc osoby, przyzwyczajone tylko do praktycznego z procedurą stosunku, lepiej umieją sobie radzić w danym razie, aniżeli oddane samym tylko teoretycznym zasadom. Każden wszakże z tych sposobów uczenia się procedury, niemoże być sam w sobie wystarczającym. Teorya, oświeca przystępujących do prakty-

ki, zabezpiecza od błędów i przesądów, trafiających się w tych, którzy samej praktyce hołdując, zbyt wiele wagi do rutyny, oraz jurysprudencyi przywiązują, a tem samem, lenistwu ducha pobłażają. Niepamiętają oni na zasadę rzymskich prawników, że znajomość praw, nie na pamiętaniu ich brzmienia, ale na pojęciu siły i ducha, polega. (Scire leges, non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem). Najużyteczniej zatem, nauczyć się naprzód, zasad procedury, a z tym przewodnikiem, do praktyki przystąpić.

W zamierzonym wykładzie, dążyć będę do obznajmienia z przepisami obowiązującego, u nas postępowania sądowego cywilnego i nieodłącznej odniego organizacyi sądowej, metodą przedewszystkiem *dogmatyczną*. Znajomość wszakże prawa, bez wskazania kolei, przez jakie przechodziło, oraz podstaw jego rozumowych, wykrytych dociekaniem umysłów wyższych, w zbyt ciasnych zamknęłaby się ramach, i niebyłaby nigdy zupełną. Temi zasadami przejęty, każdy ważniejszy oddział wykładu poprzedzę wiadomościami historycznemi, oraz filozoficznemi, któremi też w miarę potrzeby i pojedyncze przepisy objaśnię. Niepominę też i kierunku praktycznego, przez wskazanie jurysprudencyi w kwestyach ważniejszych.

Najdokładniejsze wszakże pojęcie i nauczenie się całego wykładu, powinno być dopiero początkiem tego szeregu pracy i nauki, przez które można stać się użytecznem. Wykształcenie praktyczne w procedurze, właściwe rozwinięcie znajdzie w pracy, pod kierunkiem sądów lub obrońców.

Dalszym przewodnikiem w teoryi, której nigdy zaniedbywać niewypada, powinny być dzieła naukowe, już to dogmatycznej, już to filozoficznej albo historycznej treści, z których główniejsze, w zakresie zajmującego nas przedmiotu, wskażę, jako niezbędne uzupełnienie wykładu.

Główniejsze żywioły procedury.

Prawo Naturalne.

Znakomitą część zasad swoich, postępowanie sądowe czerpie w prawie naturalnem; które jest pierwszą podstawą wszystkich praw stanowionych. (Jus naturale, stirps et radix omnis positivi juris). Sam rozum wyprowadzić może z potrzeb towarzystwa i natury ludzkiej, niektóre prawdy bezwzględne, a nawet wskazać typ ogólny postępowania przed sądami. Otóż ów rozum wskazuje, że każdą rozprawę sądową poprzedzić musi wezwanie po stronę, przeciwko której stawiane jest żądanie. dalej wskazuje, że to wezwanie objaśnić powinno: kto, od kogo, jakiego przedmiotu i na jakich domaga się podstawach, że potem dopiero jest właściwa pora do wyjaśnień i rozpraw sądowych, wykrycie prawdy na celu mających, które do stanowczego wyroku, kończącego walkę sądową doprowadza;— że wreszcie, gdy wyrok przybierze znaczenie samego prawa dla stron, środki stosowne do jego wykonania, przy współdziałaniu władzy, są niezbędne.

Rozwinięcie tych zasad w różnych prawodawstwach, wiele przedstawia odmian i różnic w szczegółach, ale w każdem, na zasadach rozumu osnutem prawodawstwie, przebijają się widocznie pewne, płynące z naturalnego poczucia sprawiedliwości zasady.

Przytoczmy z nich główniejsze.

„Prawo obrony, niemoże być nikomu wzbronione.

Ciężar dowodu, spada na poszukującego praw swoich.

Niemożna pozwolić powodowi tego, co niejest dozwolone pozwanemu."

Te zasady niewzruszone, powstały u wszystkich narodów, jednocześnie z pierwotnemi pojęciami o sporach i sądach.— Tych zasad naturalnych, niemożna wzruszyć bez zepsucia porządku towarzyskiego. Są one zawsze i wszędzie sprawiedliwemi.

Prawa Cywilne

Rozwinięcie wszakże tych zasad, zawisłem być musi przedewszystkiem od praw, które za pomocą formy, wejść mają w życie. Jak ubior do osoby; tak forma stosować się musi do praw głównych. Procedura, koniecznie poddaną być musi okolicznościom i warunkom zewnętrznym, a szczególniej przepisom prawa cywilnego, i równie jak prawo cywilne, od zwyczajów i woli prawodawcy, zależy.

Jeżeli jednak zachodzą znaczne różnice w szczegółach, wielkie zasady pozostają niewzruszone. Cały zatem bieg postępowania, wszystkie termina, przedawnienia i formuły; wszystko co od urządzeń pochodzi, na użyteczności polega. Może ono być poprawiane i zmieniane bez szkody dla porządku publicznego, bo jego podstaw niewzruszają. Zmiany takie, następują zwolna lub szybko, podług czasu i miejsca, podług różności religji, obyczajów, przesądów formy i ducha rządu, oraz postępu filozofji i cywilizacyi. O wpływie przesądów przekonywają nas dawne walki sądowe, próby wody ognia i inne. O wpływie religji przekonywa nas zaprowadzenie przysięgi.

System wszakże procedury, niepowstaje od razu, ale się rozwija i ciągle kształci. Prawodawstwo, więcej poprawia niż tworzy, więcej doskonali niż wynajduje.— Jeżeli się odważy na śmiałe a całkiem nowe odmiany, następuje potem zwrot do dawnych, upływem czasu utwierdzonych. (Przykładu nam dostarczają zmiany w postępowaniu sądowem przez rewolucyę francuzką zaprowadzone, które niemogły się utrzymać i zwrot do dawnego nastąpił). Między czasami, gdy powód siłą przyprowadzał przeciwnika przed władzą, a epoką kiedy piśmienny pozew przez właściwego urzędnika wręczony, rozpoczyna kroki sądowe, wiele czasu upłynąć i wiele przewrotów towarzyskich nastąpić musiało.

W przedmiocie procedury, prawa stanowione są jako czyny, to jest można ich nieznać. Obowiązują zatem dopiero

od chwili, gdy ich ogłoszenie mogło być znanem. W ogólności też skutek ich, rozciąga się tylko na przyszłość, w oppozycyi z prawem naturalnem, którego zasady zawsze istnieją, choć wyraźnemi rozporządzeniami prawa, nieobjęte. Rozróżnić należy w prawach stanowionych, te, które mają za cel główny, interes ogólny państwa, t. j. porządek publiczny i dobre obyczaje, od tych, które ściągają się tylko do interesu samych stron, będących w processie. Przez umowy prywatne, niemożna pierwszym ubliżać. Attrybucye jurysdykcyi sądowych, szczególniej odnoszą się do porządku publicznego. Ani wola stron, ani nawet zezwolenie sędziów, niemoże im nadać władzy stanowienia w takich przedmiotach, w jakich stanowić im niewolno.— Każdy przecież, może zrzec się służącego mu prawa to jest korzyści zapewnionej mu przepisami. Ktoby naprzykład pozwany został nieformalnie, albo przed sędziego innego obrębu, nie tego do którego sprawa należeć powinna, może mimo to przyjąć rozprawę, a zarzut nieformalności pozwu, lub niewłaściwości sądu pominąć. Jego wola, nieużytecznemi, czyni rękojmie, dla niego tylko zawarowane. Obszerniejsze zastosowanie tych prawideł, przy rozbiorze szczegółowych przepisów obowiązującego kodexu postępowania sądowego, rozwiniętem będzie.

Na czem polega doskonałość postępowania sądowego.

Dla oznaczenia cech dobrego postępowania sądowego, należy przedewszystkiem zastanowić się, jaki jest cel ostateczny. Tu przypomnieć wypada, co wyżej przytoczyłem, że celem jego jest *nadanie życia prawom cywilnym.* Prawo cywilne, ma na celu dokładne oznaczenie tego, co jest prawnem, co jest sprawiedliwem. Postępowanie zatem sądowe, dążyć powinno do wykrycia prawdy, do poświadczenia rzeczywistości czynów, w celu należytego wymiaru sprawiedliwości: że stronom, potrzeba dać stosowny przeciąg czasu, na przebycie tej koniecznej

drogi, to niepotrzebuje dowodzenia. Zwłoka wszakże w postępowaniu, oraz kosztowność przy dochodzeniu praw swoich, stanowi często do wymiaru sprawiedliwości, nieprzebytą zaporę.

To więc będzie najlepsze postępowanie, które do wykrycia prawdy, poda środki najpewniejsze, a zarazem najszybsze i najmniej kosztowne. W sprzeczności tych wymagań, pierwszy warunek jest najważniejszym i dlatego prawodawca powinien przedewszystkiem usunąć samowolność i zamięszanie, oraz jasno i przezornie obmyśleć formy postępowania, oswobodzając je od nieużytecznych, oraz opóźniających postępowanie, a tylko bez potrzeby mnożących wydatki szczegółów. Do tego ideału, wszystkie prawodawstwa, starają się mniej lub więcej przybliżyć.

Sędziowie również najlepiej spełnią swe zadanie, gdy czy to w tłomaczeniu prawa, czy też w użyciu pozostawionej im niekiedy władzy dyskrecyonalnej, ten trojaki wzgląd mieć będę na pierwszym widoku.

Te rzuciwszy myśli ogólne, pod względem całego systemu procedury, przystąpiemy do wskazania ogólnych pojęć i zasad organizacyi sądowej.

Organizacya Sądowa.

W dawnych bardzo czasach, sami panujący rozpoznawali nieliczne spory między poddanemi. Z pomnożeniem się stosunków cywilnych, gdy prawodawstwo stało się bardziej skomplikowane, gdy działanie panującego niemogło podołać wielości sporów; stałe instytucje sądowe powstały. Zawsze jednak władza sądowa, w państwach na wyższym stopniu oświaty będących, starannie od władz prawodawczéj i administracyjnéj oddzielona, wykonywa się w imieniu władzy naczelnéj.

Filozofja, mało dostarcza zasad niewzruszalnych, pod względem organizacyi sądowéj, ale zawsze prawidła organizacyi wywołały bardzo wiele rozpraw naukowych. Rozwiązanie; wszakże głównych pytań, zawisłem być musi od celów, jakie sobie rząd zakłada, od stanu socyalnego i politycznego, każdego narodu, od jego praw cywilnych i zwyczajów.

O Jurysdykcyi i właściwości Sądów.

Jurysdykcya, jest to władza sędziego; właściwość jest wiarą jego władzy. Mówią: obręb władzy jakiego sądu dla oznaczenia terytoryum, do jakiego się rozciąga Niewłaściwość sądów, może być albo ze względu na osobę (ratione personae), albo ze względu na przedmiot, (ratione materiae), gdy Sąd nie jest przeznaczony do rozpoznawania jakiego rodzaju sporów. Dla wymiaru sprawiedliwości, pożądaną byłoby rzeczą zaprowadzenie jednego tylko rodzaju sądów. Istniejące bowiem sądy wyjątkowe, stają się często powodem sporów o właściwość, tyle wyczerpujących czasu i kosztów, zanim strony dowiedzą się jaki sąd jest właściwym. Już Bentham zwrócił uwagę na szkodliwe następstwa niepewności pod względem, sądu przed który udać się wypada, wykazując liczne z tego powodu nadużycia, wymiar sprawiedliwości utrudzające. Przeważne wszakże względy wywołują niekiedy potrzebę wyjątkowych sądów, ale w takim razie, attrybucye ich z wszelką dokładnością oznaczone być powinny.

O obowiązkach Sędziów.

Osoby powołane do trudnych obowiązków sędziego nader ważne mają zadanie. Sędzia, powinien przedewszystkiem mieć zamiłowanie sprawiedliwości, silną i stałą wolę oddawania każdemu, co mu się należy. Rozrządzając mają-

tkiem, a często wolnością i honorem mieszkańców, powinien wolnym być od przesądów, uprzedzeń i namiętności stronniczych, równą wszystkim wymierzajac sprawiedliwość. Powinien posiadać odwagę i być zdolnym do poświęceń aby umiał się oprzeć wpływom zewnętrznym, i aby zawsze był z cierpliwą uwagą. Znajomość wreszcie gruntowna wszystkich gałęzi prawa, działaniom jego przewodniczyć powinna.

Niezawisłość Sądów.

Dla utrzymania godności Sądów, dla otoczenia ich tą wielką powagą, która wzbudza zaufanie i szacunek; potrzeba aby sędziowie zajmowali stanowisko zaszczytne a niezawisłe, i do tego celu, wszystkie dobrze urządzone prawodawstwa zwierzają, zapewniając sędziom już to niewzruszalność na swych posadach (inamovibilité des juges) już to stosowne uposażenie, a zarazem wymagają od nich przymiotów moralnych i wyższego wykształcenia naukowego.

Przy zasadzie niewzruszalności, wybór przez władzę, daleko więcéj nawet przedstawia rękojmi niezawisłości, w zdaniu, aniżeli wybór, przez podsądnych, bo jak doświadczenie wykazało, sędziowie z wyborów pochodzący, poczytywać się zwykli za przedstawicieli swych wyborów i podlegają duchowi stronnictwa które ich powołało do urzędu.

Liczba Sędziów.

Zbyt liczny skład sędziów, (pomijając już wydatek dla kraju.) Przedstawia jeszcze tą niedogodność, że trudno znaleść znaczną ilość sędziów wszystkie potrzebne posiadających przymioty. Nie można przecież tego zaprzeczyć, że dyskussya w gronie kilku uzdolnionych prawników, wiele częstokroć rzuca światła na punkt sporny i więcéj przedstawia rękojmi dojrzałości zdania niżeli, wyroki pojedyńczych sędziów.

Pospolicie zatem, (wbrew zdania Benthama, który za sądem pojedynczych sędziów obstawał) w prawodastwach bardziej wykształconych. spory większéj wagi powierzone bywają większéj liczbie sędziów, i roztrzygają się podług zdania większości, a tylko spory proste i mniéj ważne, do sędziów pojedyńczych należą.

Jawność posiedzeń.

Do zdobyczy ostatnich wieków, przeważnemi głosami, filozofów a między innemi Benthama popierana, należy także jawność sądownictwa, jaka w naszym kraju oddawna istniała i stopniowo tak się w znacznéj części Europy ustaliła, że dziś jest prawie dogmatem sprawiedliwości. Nowo zaprowadzona w Cesarstwie organizacya sądownictwa, także poszła za tą ideą postępową. Rzeczywiście, tajemnicze postępowanie może do wielu nadużyć dać powód, a w każdym wypadku, łatwo naraża sędziów na podejrzenie o stronność; gdy przeciwnie, jawność postępowania, stawiając sędziów przed obliczem podsądnych, jest najlepszą przeciwko namiętnościom i złéj wierze, zaporą, pobudza działalność sędziów i poddaje ich powszechnéj opinii.

Ilość Instancyi.

Jednėm, z ważniéjszych zadań organizacyi jest urządzenie instancyi sądowych. Niektórzy nowatorowie, oświadczają się za niedopuszczalnością wszelkich appellacyi. Za ich zdaniem to naprzód przytoczyć można, że gdy wszystkie sądy otrzymują jurisdykcyę od władzy najwyższéj; niepowinno być wolno jednym sądom, obalać postanowienia drugich sądów.

Utrzymują dalej, że appelacya przewleka spory, a sądy wyższe nieprzedstawiają rękojmi większej, aniżeli niższe, że

przytem apelacya, jest szkodliwą bronią w ręku uporczywych dłużników. Pierwszy zarzut jest płonny, bo wyższe sądy, wyższą też od władzy prawodawczéj, miewają sobie nadaną władzę. Wyższe instancye, lepiéj pospolicie obsadzone pod względem wyboru osób a nawet ich liczby, większe też przedstawiać zwykły rękojmie, bezstronności i światła. One to, kierując jurysprudencyą, oddziaływają nawet korzystnie na wyrokowanie sądów niższych, które wiedząc, że ich wyroki, mogą wyższego sądu podlegać krytyce, tem więcéj przykładają usilności, aby swe wyrzeczenia, tylko na pewnych podstawach opierać. Rozciągłość apelacyi, także była przedmiotem rozpraw naukowych. Bentham, objawił przekonanie, że powinna być dopuszczoną we wszystkich bez wyjątku sprawach, bo jak tylko może być omyłka lub zła wiara, możność sprostowania błędnych wyrzeczeń, tamowaną być nie powinna. Musi być wszakże pewna granica w apelacyi. I tak: apelacya niemoże być korzystną, jeżeli spowodowane przez nią koszta pochłonęłyby wartość spornego przedmiotu. Z tej zasady, w wielu prawodawstwach, pewne mniéj ważne sporów rodzaje, podlegają ocenieniu jednéj tylko instancyi; inne znowu, większej wagi, dwie lub nawet trzy instancye przechodzić mogę.

O obrońcach Sądowych.

Kierowanie sprawami sądowemi i spełnianie licznych formalności postępowania, wymaga wielkiego doświadczenia i wiadomości specyalnych Pozostawić w każdym razie, samym stronom staranie o dopełnienie tych formalności, byłoby to narażać je na rozliczne błędy i straty. Stąd ma swe źródło instytucya urzędników przy Sądach, którzy strony przed sądami zastępują. Ale zachodzi pytanie czy instytucya ta jest niezbędną? W tém zdania uczonych prawników, są podzielone, a prawodawstwa różnych krajów, jedne wcale obrońców sądowych nie znają; inne znowu, użycie ich, czynią

dowolnem albo przymusowem. Zwolennicy postępowania bez obrońców, upatrują w nich zawadę do osiągnięcia sprawiedliwości, i uciążliwy a niepotrzebny dla stron processujących się, wydatek. Przytaczając daléj, że każdy powinien mieć prawo stawać sam za siebie, albo przez osobę w któréj ma zaufanie, a zaufania narzucać nie można. Pomimo słuszności tych uwag, pod pewnym względem; nastręczają się przeciwko nim; ważne zarzuty. I tak: instrukcya sprawy często wymaga wzajemnego okazania posiadanych dowodów. Nie można zobowiązywać stron wśród sporu, jaki ich dzieli, aby się schodziły osobiście w tym celu. Niewypada także znaglać strony, do powierzania dowodów, na których opiera swe prawa, w ręce przeciwnika, który mógłby je uszkodzić, lub zniszczyć. Liczba stron, tyle wykształconych, aby miały czas i zdolność, nadać processowi kierunek właściwy, tak jest małą, że przypadki, w którychby strony mogły osobiście stawać, są nader nie liczne. Prócz tego, strony wiedzione namiętnością, ani w swych żądaniach, ani w głosach przed sądami, niezawsze są zdolne stosowne umiarkowanie i przyzwoitość zachować. Obrońcy, nietylko potrzebni są dla stron, ale i dla sądu, bo przez ich pośrednictwo, oswobodzają się sprawy od wielu niepotrzebnych szczegółów. To też myśl zniesienia obrońców w umysłach marzycieli wyrodzona, gdy została przez czas krótki w życie wprowadzoną, we Francyi w czasach Rzeczypospolitéj, okazała się w zastosowaniu szkodliwą. Godząc sprzeczne w tym przedmiocie pojęcia nietrudno dojść do przekonania że instytucya obrońców, w sądownictwie na jawności opartem jest niezbędną; lecz współdziałanie obrońcy ograniczyć wypada do przypadków gdzie to dla wymiaru sprawiedliwości jest potrzebném. W stosunku do obrońców nastręcza się jeszcze to pytanie: czy liczba ich, ma być ograniczoną, czy też przeciwnie, żadnym ograniczeniom niepowinna podpadać. Za tem ostatniem zdaniem, odzywało się wiele głosów, ale właśnie doświadczenie wykryło, że nieograniczona liczba obrońców szkodliwie wpływa na mnożenie processów

i zmniejsza te rękojmie, jakie dać mogą osoby wybrane, w wyższym stopniu potrzebne przymioty posiadające.

Przejście.

Te ogólne rzuciwszy uwagi, właściwy wykład praw, dotyczących organizacyi sądowéj, poprzedzić nam wypada historyą Że zaś organizacya sądowa jaka u nas istnieje, w większéj części z organizacyi francuzkiéj powstała, a Kodex Postępowania także nie inną, tylko francuzką organizacyę ma na względzie, rys historyczny naszéj organizacyi, poprzedziemy takimże rysem historyi prawa francuzkiego w téj materyi.

O KONIECZNÉJ OBRONIE

w Prawie Karnem.

przez

STANISŁAWA JASZOWSKIEGO.

WSTĘP

§ I.

Usystematyzowanie naszego przedmiotu.

Przedewszystkiem zanim do samego uporządkowania naszego przedmiotu przystąpimy, musimy zapoznać się choć w krótkim zarysie z tém, co uporządkować mamy, z całością kwestyi, o jakich tutaj mówić nam wypadnie, z rozmaitemi stronami naszego przedmiotu, które uwzględnić musimy, i w ogóle zakreślić pewne ramy, granice, w których to nasze badanie zamknąć zamierzamy. Nawet w tak krótkiem i pobieżném przedstawieniu głównych zasad koniecznéj obrony, (a takie tylko przedstawienie może być tutaj naszém zadaniem) musiemy zwrócić uwagę na pewne strony, których pominąć już sam wzgląd całości przedmiotu nie dozwala. Występują tu przeważnie trzy strony, trzy względy główne: a więc najprzód, pewien wzgląd dogmatyczny, więcéj filozoficznéj natury a zatem przedstawienie głównych zasad koniecznéj obrony tak jak je otrzymujemy w poszukiwaniu opartém na saméj jéj naturze; daléj pewien wzgląd historyczny, wymagający rozpa-

trzenia naszego przedmiotu tak, jak on się przedstawia w przeszłości i wreszcie pewien wzgląd porównawczy, dążący do synchronistycznego przedstawienia pojmowania konieczněj obrony w najnowszych pojedynczych kodexach karnych, a na które to przedstawienie ze względu na wielkie znaczenie i wagę prawodawstw w dzisiéjszym rozwoju prawnym, szczególną uwagę zwrócić musiemy. W końcu przybywa tu jeszcze pewien wzgląd poboczny, więcéj metodycznéj natury, jak związany z samą treścią naszego przedmiotu, a względem tym jest literatura konieczněj obrony. Ieżeli więc teraz do samego uporządkowania naszego przedmiotu zwrócić się zamierzamy to musiemy wszystkie te strony uwzględnić. Zakreśliliśmy zatém w ogólnych konturach to wszystko, co ma być tutaj przedmiotem naszego zastanowienia ale przyłączają się tu pewne ograniczenia i modyfikacye, wywołane prosto koniecznością naturalną. Jeżeli równouprawnienie wszystkich tych względów odnośnie do systematu, jaki w przedstawieniu naszego przedmiotu przyjąć powinniśmy, najzupełniéj i najświadomiéj przyznajemy, to jednak z drugiéj strony zmuszony jestem samą koniecznością, wyjątkowem położeniem w jakiem się znajdowałem, uczynić pewne zastrzeżenia i modyfikacye w tym ogólnym zarysie systematu, jaki nakreśliłem poprzednio. Będąc zupełnie pozbawionym źródeł, z których mógłbym czerpać do historyi konieczněj obrony w Polsce, będąc zatem zmuszonym do zupełnego wyłączenia lub przynajmniéj zredukowania do nader ciasnego zakresu tego, co w tém historycznem przedstawieniu koniecznie winno znaleść miejsce, już samą tą niemożnością doprowadzony jestem do odmówienia temu względowi historycznemu równoznacznego i samoistnego znaczenia w usystematyzowaniu naszego przedmiotu. Ta niemożność więc zapoznania się z przeszłością naszego przedmiotu w Polsce, zdaje mi się, pociąga za sobą dwie nieuniknione konsekwencye: z jednéj strony już odnośnie do samego zakresu tego historycznego względu, do samej treści tego historycznego przedstawienia, ogranicza nas tylko do źródeł wspólnych i ogól-

nych, które jako antecedencye ogólnego rozwoju prawnego uważane, których ogólnemu i powszechnemu znaczeniu zaprzeczyć jest niepodobna, a takiemi źródłami są: prawo rzymskie i prawo kanoniczne i wreszcie cała nauka przeszłych wieków. Cały rozwój ściśle prawno-narodowy, prawodawstwa średniowieczne Germanii i Francyi, tak zwane prawa ludowe, daléj kapitularze królów, prawa miast, statuta, różne prawa partykularne i wreście konstytucya kryminalna Karola V, jakkolwiek mieści się w nich bogaty materyał odnośnie do przesłości naszego przedmiotu i jakkolwiek wielu z pisarzy nowszych (1) na nich opiera cały swój wywód, całe swoie przedstawienie zasad konieczném obrony, wyłączyć zupełnie musimy z zakresu naszego zadania.

Z drugiéj strony niemożność ta pociąga także i pewne konsekwencje odnośnie do samego systematu, odnośnie do samej zasady, jakiej w tem uporządkowaniu trzymać się musiemy. Jeżeli bowiem temu historycznemu przedstawieniu tak szczupłe i niedostateczne zakreśliliśmy granice, to już zmuszeni jesteśmy prostą koniecznością logiczną do sprowadzenia tego przeszłościowego względu na plan drugi, nadania mu w uporządkowaniu naszego przedmiotu, nie równoznacznego, ale podrzędnego, drugorzędnego niejako stanowiska. Jeżeli więc teraz chcemy mówić o pewnym systemie, o pewnym ładzie i porządku, jaki do przedstawienia naszego przedmiotu poprowadzić chcemy, to w uporządkowaniu, ten wzgląd historyczny przy owem filozoficznem przedstawieniu zajmie tylko pomocnicze miejsce, niejako tylko poboczne, dodatkowe i to z treścią ograniczoną do źródeł ogólnego znaczenia. Pozostają więc jeszcze dwa względy, które zaznaczyliśmy poprzednio to jest porównawczy i literatura naszego przedmiotu i tym dwom względom musiemy równie naznaczyć odpowiednie miejsce w tym ogólnym zarysie systematu. Co do pomieszczenia

(1) Głównie Zöpft. Archiv. des Criminalrechts. Neue Folge. Rok 1842 str. 118, 311, Rok 1843 str. 27.

względu porównawczego, przedstawiają się dwie alternatywy: albo nadać mu równorzędne stanowisko obok części filozoficznéj, albo traktować go w istotnem i naturalnem połączeniu z tą ostatnią, przy rozważeniu pojedyńczych szczegółów, nad jakiemi w przedstawieniu téj części zastanowić się nam wypadnie. Z tych dwóch alternatyw zdaje mi się odpowiedniéjszem przyjąć drugą, a to już ze względu na sposób, w jaki z częścią historyczną postąpić byliśmy zmuszeni. Dla nas ta część porównawcza ma za zadanie przedstawienie porównawcze traktowania konieczněj obrony w najnowszych, dziś obowiązujących prawodawstwach; nie jest więc ona niczem innem jak tylko synchronistycznem i ograniczonem teraźniejszością przedstawieniem pojmowania koniecznéj obrony, a więc tego, co wzgląd historyczny poszukuje w chronologicznym przebiegu i następstwie: jeżeli tę część porównawczą z ogólnego przedstawienia historycznego wydzielamy, to tylko z uwagi na jasność jaka z tego współczesnego porównania pojedyńczych prawodawstw wyniknąć może, na korzyść jaka ztąd da się osiągnąć i szczególną wagę, jaką mają dzisiéjsze prawodawstwa w obecnym rozwoju prawnym. Już więc z tego samego, że téj części historycznéj nadaliśmy podrzędne i niejako subsidiarne tylko stanowisko, wynika, że stosowniejszem jest traktowanie i tego porównawczego przedstawienia w związku z częścią filozoficzna, w łączności z pojedyńczemi kwestyami, z jakiemi przy tém filozoficzném przedstawieniu będziemy mieli do czynienia. Te więc wszystkie trzy względy, które poprzednio zaznaczyliśmy i za równouprawnione odnośnie do usystematyzowania naszego przedmiotu uznaliśmy, sprowadziliśmy do jednego względu t. j. do tego filozoficznego przedstawienia.

Pozostaje więc jeszcze wzgląd czwarty t. j literatura koniecznéj obrony, ale wzgląd ten już nie wydaje mi się tak, jak poprzednie, istotnym, sięgającym, do saméj treści naszego przedmiotu—więcéj on już jest obcym, zewnętrznym, przypadkowym, więcéj metodycznéj natury, jako środek do

poznania koniecznéj obrony, a nie jako sam przez się, dający nam poznać jedną z jéj stron. Jeżeli więc trzy względy poprzednie uznaliśmy naprzód za równoznaczne odnośnie do zasady saméj, jaką w uporządkowaniu naszego przedmiotu przyjąć powinniśmy, jeżeli daléj, w skutek pewnéj niemożności dokładniéjszego i obszerniéjszego traktowania strony historycznéj, z tych trzech względów wydzieliliśmy wzgląd filozoficzny głównie, i obok niego dwa względy pozostałe t. j. wzgląd historyczny i porównawczy pomieściliśmy tylko pomocniczo, niejako tylko w sposób uzupełniający i wykończający pewne strony tego filozoficznego przedstawienia; to z drugiéj znów strony ten wzgląd literatury koniecznéj obrony, odpowiednio do jego natury, możemy traktować zewnętrznie, w sposób nie tak ściśle, nie tak organicznie połączony z całością naszego systematu. Wzgląd ten więc pomieszczamy więcéj zewnętrznie, uprzednio, niejako we wstępie, obok poszukiwania samego systemu, w jakim nasz przedmiot przedstawić zamierzamy. Chciałbym się tu ustrzedz przed pewnym zarzutem. Jeżeli powyżéj, starałem się usprawiedliwić z wady jaka słusznie zarzuconą by mnie być mogła, że względowi historycznemu i porównawczemu tak niewystarczające i nie zupełne nadałem miejsce, tak teraz znów chiałbym się uniewinnić przed zarzutém, który mógłby pozyskać pewną podstawę w tém wstępnem i uprzednem, niezwiązanem z samą treścią przedmiotu, traktowaniu literatury koniecznéj obrony, przed zarzutem zapoznania ważności literatury jakiego przedmiotu dla jego poznania i dokładniéjszego przedstawienia. Wagę tę, całą uznaję, ale wzgląd ten wydaje mi się, mniéj istotnym od innych, mniéj dającym nam poznać naturę, koniecznéj obrony. Zapewne, że bogata literatura tego przedmiotu, że obfitość monografii istniejących, na tem polu, świadczy o żywotności téj kwestyi, o uwadze, jaka na ten przedmiot tak codzienny, w zwykłych stosunkach tak powszedni, ciągle zwróconą była, ale z drugiej strony trudno jest zaprzeczyć temu, że wzgląd ten odnośnie do saméj natury koniecznéj obrony jest

przypadkowym i zupełnie zewnętrznym, świadczy on o interesie jaki ta kwestya zawsze budziła, ale nie odkrywa nam żadnéj strony tego przedmiotu, dowodzi że konieczna obrona była w przeszłości i jest obecnie traktowaną, ale niewykazuje, jak się na nią zapatrywano dawniéj i jak zapatrują obecnie. Znaczenie więc tego względu jest tylko drugorzędne, pośrednie, służy on jako wskazówka do poznania danego przedmiotu; ale sam tego przedmiotu poznać nam nie daje.

Zbierając więc to wszystko, co dotąd powiedzieliśmy, widzimy, że cały ten materyał którego przedstawienie jest naszem zadaniem i którego uporządkowaniem obecnie zajmujemy się, przedstawia nam się tak: najprzód uwzględnienie literatury koniecznéj obrony, co, jak już powiedzieliśmy, pomieszczamy na wstępie obok obecnego paragrafu t. j. obok poszukiwania pewnego ładu, pewnego porządku, którybyśmy do naszego rozpatrzenia koniecznéj obrony wprowadzić mogli, i daléj sama część filozoficzna naszego przedmiotu z uwzględnieniem jego historyi i pewnych niezbędnych wiadomości porównawczych.

Z porządku rzeczy przystąpmy do pewnego uporządkowania téj części filozoficznéj. W najnowszych monografiach, jakie do naszego przedmiotu się odnoszą, widzimy na tem polu najrozmaitsze próby i usiłowania, mniéj lub więcéj szczęśliwe. Jedne z nich nie szukają żadnego systemu i rozpatrują pojedyncze szczegóły tak, jak one myśli autora się nasuwają: drugie starają się wprawdzie o pewne ogólniejsze uporządkowanie przedmiotu, ale są to raczéj tylko pewne dowolne podziały, pewne łączne traktowanie pojedynczych szczegółów większe lub mniejsze podobieństwo przedstawiających, a nie systemata oparte na naturze przedmiotu. (2)

---

(1) Tak czyni Wessely i Seeger, którego monografia jakkolwiek obszerna jest tylko zbiorem rezultatów dotychczasowego rozwoju nauki na tém polu i pewnych propozycyi na przyszłość.

(2) Tak postępuje Berner Neues Archiv. 1848 str. 547 Levita Geyer.

Jeżeli chodzi nam tu o uporządkowanie części filozoficznéj naszego przedmiotu to zdaje mi się, występują tu trzy główne pytania, które stoją do siebie w pewnym logicznym związku i stosunku: najprzód, czy prawo konieczněj obrony istnieje lub nie istnieje, a więc istnienie prawa konieczněj obrony w ogóle: daléj gdy uznamy już istnienie prawa koniecznéj obrony jako zasadę, chodzić nam będzie o to, kiedy to prawo istnieje, a więc o jego istnieniu w danym przypadku, w szczególe, i wreszcie jako pytanie trzecie o ile i jak dalece to prawo istnieje! jak się szeroko ono zakreśla? a więc w ogóle sfera wykonania prawa koniecznéj obrony. Temi trzema pytaniami zdaje mi się, można wyczerpać cały przedmiot, pod te trzy kategorye podporządkować wszystkie szczegóły, jakie na naszéj drodze spotkamy. Przytem to usystematyzowanie nauki o koniecznéj obronie, o ile ono z jednéj strony odpowiada saméj naturze przedmiotu, tak znów ze strony drugiéj czyni zadość wymaganiom pewnéj zasady logicznéj, którą za systematyzującą uznajemy. Naprzód, czy prawo koniecznéj obrony istnieje lub nie istnieje, a zatém, istnienie tego prawa w ogóle, — w zasadzie; — daléj kiedy prawo koniecznéj obrony istnieje a zatem jego istnienie w szczególe; i wreszcie jak dalece się to prawo zakreśla, o ile ono wykonanem być może, a zatém wykonanie prawa koniecznéj obrony. Przy rozwiązaniu pierwszego pytania chodzić nam będzie o naturę koniecznéj obrony, o jéj ostateczne zasady, gdzie szukać jéj podstaw gdzie odnieść jéj uzasadnienie, a zatem głównie kwestya istnienia lub nieistnienia prawa koniecznéj obrony. Pod kategoryą drugą pomieścimy to wszystko, co odnosi się do istnienia prawa koniecznéj obrony w szczególe, a zatem wszystkie warunki, przy których to prawo następuje, od których w danym konkretnym przypadku istnienie tego prawa zależy; zbiór tych wszystkich warunków zewnętrznych, całość tego wszystkiego, co istnieć musi, aby prawo koniecznéj obrony w tym danym razie istniało, przedstawi nam pewien stosunek faktyczny, pewien

stan rzeczywisty, zewnętrzny, odpowiadający naturze prawa koniecznéj obrony. Przy pierwszem pytaniu chodziło nam o byt prawa koniecznéj obrony samego w sobie w ogóle, in abstracto, tu zaś idzie nam o istnienie tego prawa w danym razie, in concreto, o pewien stosunek faktyczny, którego nastąpieniem istnienie tego prawa in concreto jest zawarunkowane. Wreszcie pozostaje jeszcze kwestya trzecia t. j. o ile w ogóle już istniejące i w danym szczególnym razie uzasadnione prawo koniecznéj obrony wykonanem być może a zatem tu idzie nam o zakres, objętość tego prawa, o granice, w jakich wykonanie tego prawa następuje i tem pytaniem zaokrąglimy całość przedmiotu. Wprzód mówiliśmy o prawie koniecznéj obrony samem w sobie, potem o pewnym stosunku faktycznym, który naturze tego prawa odpowiada i którego nastąpieniem, konkretne istnienie tego prawa jest zawarunkowane, teraz zaś mówić będziemy o urzeczywistnieniu tego prawa, o jego wykonaniu w tym stanie zewnętrznym, który jego istnienie w tym szczególnym przypadku uzasadnia, a zatem o zastosowaniu tego prawa do tego stosunku. Tym sposobem, zdaje mi się, zyskujemy trzy momenta następne i wyraźne, w ścisłym związku z sobą będące i pewną logiczną stanowiące całość: istnieje pewne prawo, które dany stosunek ma uporządkować, istnieje pewien stosunek, który przez dane prawo ma być uporządkowany i wreszcie samo uporządkowanie tego stosunku danego przez to pewne prawo t. j. wykonanie tego prawa. W usprawiedliwieniu przyjęcia tych trzech kategoryi, przez które całość części filozoficznéj wyczerpać pragnę, a raczéj, na które sam przedmiot, zdaje mi się naturalnie rozpadać, pomimo woli zmuszony jestem antycypować pewne pojęcia i wyrażać a priori pewne przekonania, których uzasadnienie do saméj części filozoficznej należy. W istniejącym do dziś dnia sporze, w toczącéj się do chwili obecnéj walce dwóch przeciwnych obozów, z których jeden windykuje istnienie prawa koniecznéj obrony, a drugi szorstko stając na przeciw pierwszego, chce tylko czynności w stanie koniecznéj obrony dokonanéj zape-

wnić nie prawność, ale jedynie bezkarność, w uzasadnieniu któréj do różnych odwołuje się przyczyn, już samo przedstawienie tego systematu świadczy o przyjęciu zdania pierwszego. Jeżeli więc układ ten wyda się nieusprawiedliwionym w oczach tych, którzy istnieniu prawa konieczněj obrony przeczą, to zdrugiej strony, zdaje mi się, przedstawi się on logicznym i przyjąć się dającym, gdy raz istnienie prawa konieczněj obrony uznamy. Obronę więc i usprawiedliwienie tego podziału, który tu podać się starałem, znajdę w odniesieniu do ostatecznych zasad konieczněj obrony, znajdę tam gdzie o samem prawie konieczněj obrony i o uząsadnieniu tego prawa mówić mi wypadnie.

Zwróciwszy się teraz do saméj powłoki językowéj, do samych wyrazów, któremi te trzy kategorye poprzednie naznaczyć możemy, to w języku naszym napotykamy trzy wyrażenia, znamionujące trzy odmienne choć pokrewne pojęcia t. j. prawo konieczněj obrony, stan koniecznej obrony, i konieczna obrona. Te trzy wyrażenia, których znaczenie w nauce ustalone nie jest i co do używania których często zachodzi pewne pomięszanie, zdają mi się odpowiadać tym trzem wystawionym poprzednio kategoryom. Istnienie prawa konieczněj obrony, wogóle, in abstracto; chodzi nam tu o samą zasadę, konieczněj obrony, o jej ostateczną przyczynę, o to czy tą podstawą jest prawo konieczněj obrony, czy nie: a zatem głównie kwestyą istnienia lub nie istnienia prawa konieczněj obrony, rozdziałowwięc temu możemy nadać ogólny tytuł: prawo konieczněj obrony. Daléj, jako drugą kwestyę postawiliśmy pytanie: kiedy prawo konieczněj obrony istnieje? a zatem chodzi nam tu o ten stosunek faktyczny, jako zbiór zewnętrznych warunków, przy których prawo to istnieje w danym razie, a więc głównie o ten stan zewnętrzny, o ten stosunek faktyczny; kategoryi więc téj dajemy nadpis: Stan konieczněj obrony. Wreszcie w pytaniu trzeciem chodzi nam o to jak dalece prawo konieczněj obrony istnieje, a zatem o ile ono wykonanem być może, o ile czynność w stanie konieczněj obrony dokonana, w wykonaniu prawa konieczněj obrony nastąpiła, a więc w ogóle

o wykonanie prawa koniecznéj obrony. Jeżeli kategoryę pierwszą nazwaliśmy prawem koniecznéj obrony, kategoryę drugą stanem koniecznéj obrony, to téj trzeciéj kategoryi, w któréj na to ostatnie pytanie odpowiedzieć będzie naszem zadaniem, możemy nadać tytuł: konieczna obrona, jako wykonanie, jako, urzeczywistnienie prawa koniecznéj obrony.

Zbierając więc to wszystko, co dotąd powiedzieliśmy i przypominając o zastrzeżeniu miejsca, jakie w traktowaniu części filozoficznéj, dla strony historycznéj i porównawczéj naszego przedmiotu zapewniliśmy, otrzymujemy w rezultacie podział następny.

Wstęp § I Poszukiwanie systemu.
§ II Literatura koniecznéj obrony.
a daléj Rozdział I Prawo koniecznéj obrony,
Rozdział II Stan koniecznéj obrony.
Rozdział III Konieczna obrona.

Stosownie więc do przyjętego podziału przystępujemy w następstwie rzeczy do paragrafu 2-go Wstępu.

§ 2.

Literatura koniecznej obrony.

Literatura koniecznej obrony jest nadzwyczajnie bogata i obfita. Mało jest materyi w prawie karnem, któreby taki interes budziły, któreby tak wielką ilością specyalnych monografii pochwalić się mogły. Całą wielość dzieł rozmaitych, które na tem polu spotykamy, możemy rozłożyć na dwa działy t. j. najprzód na dzieła specyalne, monografje wyłącznie koniecznej obronie poświęcone i dalej na dzieła, całość prawa karnego przedstawiające i które tylko w związku z innemi materyami przedmiot nasz mniej lub więcej obszernie traktują.

A więc najprzód.

A. Monografje koniecznej obrony.

Począwszy od połowy XVI a jeszcze więcej od XVII wieku monografij tych jest nadzwyczajnie wiele; w przedstawieniu ich ograniczymy się tylko do najważniejszych, czerpiąc głównie z dzieł Böhmera i Kapplera.

Co do literatury koniecznej obrony.

G. W. Böhmer. Handbuch der Litteratur des Criminalrechts. Göttingen 1816 § 112 str 689 od Nr 2435.

Z monografi zaś.

Just. Menius. Unterricht von der Nothwehr, z współudziałem Melanchtona . R. 1547.
Jer. Setfer. D. de moderamine inculpatae tutelae „ 1598.
Phil. Mathaei. D. de caede defensionis causa legitima facta . . . „ 1607.
Henr. Borer. Positiones de legitima defensione et moderamine inculpatae tutelae „ 1608.
„ „ D. de necessaria defensione . „ 1614.
J. F. Carray. D. de jure pugnae et moderamine inculpatae tutelae . . . „ 1609.
G. Obrecht Tr. de defensione necessaria . „ 1617.
Chr. Krembergk. Tr. de necessaria defensione „ 1620.
G. D. Locamer. D. de defensione necessaria . „ 1623.
J. Stuck. D. de vindicta, defensione et in specie de moderamine inculpatae tutelae „ 1629.
E. Graff. D. jure propulsandi vim atque injuriam ex L. 13 D. de J. et. J. . „ 1613.
H. Binnius Discursus de necessaria defensione „ 1653.
J. Volschov. D. de defensione temperata . „ 1653.
B. Schultze D. de jure defensionis privatae . „ 1654.
G. A. Struv. D. de necessaria defensione inspecie sic dicta von der Selbsthülfe . „ 1663.
Chr. P. Richter. De necessaria defensione extrajudiciali . . . . „ 1665.
J. Eichel. D. de tutela inculpata . . . „ 1665

E. Mauritius. D. de favore defensionis vitae . R. 1667.
„ „ Dissert. et opuscula str. 754— . „ 1692.
J. Nerger. D. de jure periculum vitae imminens adversarii occisione propulsandi . „ 1668.
J. V. Bechmann. D. de legitima defensione . „ 1669.
J. F. Rhetius. D. de jure necessariae defensionis „ 1671.
„ „ Diss. select. vol. II. nr. IV. . „ 1692.
H. Lincker. D. de internecione furis tam diurni quam nocturni . . . . „ 1674.
C. A. Redel. D. de defensione sui adversus adgressorem . . . . „ 1688.
„ „ D. de defensione bonorum adversus adgressorem . . . . „ 1689.
J. Westarp. D. defensione sui violenta. . „ 1691.
J. Eisenhart. D. de moderamine inculpatae tutelae . . . . . „ 1692.
A. Köpfer D. an defensio vitae cum interneccione alterius sit juris naturae . . „ 1694.
D. Sidenius. D. de moderatione inculpatae tutelae . . . . „ 1695.
C. van der Moesel. D. de propulsatione vis injustae . . . . „ 1696.
J. A. Olearius. Quaestio, an liberis contra parentes injustos vitae eorum aggressores cum parentum morte se defendere liceat . . „ 1696.
J. Tollius D. de moderamine inculpatae tutelae „ 1698.
J. B. Wernher. D. de violenta sui defensione . „ 1699.
E. Weber. D. habitus juris naturae ad disciplinam Christianorum ostensus in capite defensionis violentae . . „ 1699.
J. H. Sibrand. D. an stupratorem violentum illaesa conscientia interficere liceat? . . . . „ 1700.

J. J. Müller. D. de moralitate tutelae inculpatae oder Nothwehr . . . R. 1701.
H. W. Fink. D. de legitima defensione adversus injustam vim . . . . „ 1702.
Ch. Hoffmann. D. de defensione sui. . . „ 1704.
J. D. von Mithofen. D. de moderamine inculpatae tutelae . . . „ 1705.
A. Kempe. Discursus juridicus, quaestiones nonnullas, homicidium et defensionem sui necessariam concernentes, continens . . . . „ 1706.
P. Tierens. D. de moderamine inculpatae tutelae „ 1706.
H. Klausing. Vindiciae et disquisiones contra J. T. Budolei disq. de moderamine inculpatae tutelae . . . „ 1709.
S. P. Gasser. D. de moderamine inculpatae tutelae . . . . . „ 1711.
J. S. Stryck D. de jure necessitatis . . „ 1712.
J. C. Wagner D. de violenta defensione . . „ 1713.
C. J. Wunderlich D. an honestae feminae ad tuendam suam pudicitiam, violentum interficere liceat stupratorem? . . . . . „ 1714.
J. van den Brovke D. de defensione necessaria „ 1716.
H. E. Kestner. D. de resistentia . . . „ 1717.
J. E. Roesler. D. de jure violentae defensionis „ 1721.
N. Pragemann. Exerc. de praecepto justi et non laedendo, w Jurysprud. natur. V. str. 113—136 . . „ 1722.
J. Dominicus. D. de moderamine inculpatae tutelae . . . . „ 1722.
A. de Vries. D. de naturali sui defensione . „ 1723.
A. Brebereng van Dyck. D. de moderamine inculpatae tutelae . . . „ 1727.

C. Grauesande. D. de moderamine inculpatae tutelae . . . . R. 1728.
J. D. Geibel D. de furicidio . . . . „ 1729.
W. G. van Meel. D. de legitima sui ipsius defensione seu moderamine inculpatae tutelae . . . . „ 1730.
G. Jenner. D. de vi privata licita et illicita . „ 1732.
J. G. Klaubarb. D. de homicidio propter defensionem bonorum commisso impuni . . . . . „ 1733.
H. Ravensteyn. D. de moderamine inculpatae tutelae . . . . „ 1734.
H. Boellmann D. de tutelae inculpata vitae, famae et bonorum . . . „ 1737.
Thomasius. D. an contra stupratorem violentum locum habeat moderamen inculpatae tutelae [1] . . . . . „ 1737.
Fromann D. de fuga [2] . . . . „ 1678.
N. H. van Hoorn. D. de moderamine inculpatae tutelae . . . . „ 1739.
C. G. Buder. D. de violenta defensione privata in statu civili . . . . „ 1740.
Rivinus. D. de jure vitae et necis in furem privato competente [3] . . . „ 1740.
F. J. Schippers. D. de moderamine inculpatae tutelae . . . . „ 1741.
M. Hassen. D. de necessitate, extremo vitae conservandae praesidio . . . „ 1742.
D. Maichel. D. I et II de jure necessitatis . „ 1742.

---

1) Seeger Abhandlungen 458.
2) Seeger Abhandlungen 458.
3) Seeger 458.

H. Scheffer. D. de collisione putativa legum divinarum et civilium de moderamine inculpatae tutelae agentium. . R. 1744.
H. van Straalen. D. de naturali et legitima sui ipsius defensione . . „ 1744.
H. J. Roelinck. D. de moderamine inculpatae tutelae „ 1746
F. G. Zoller. D. de moderamine inculpatae tutelae adultero competente . . „ 1748.
L. H. Helmer. D. de jure defensionis secundum principia jurisprudentiae universalis considerato . . . „ 1751.
D. Nettelbladt. D. de necessitate ejusque in jure effectibus . . . . „ 1752.
J. F. J. Unger. D. de jure necessitatis in causis criminalibus . . . . „ 1752.
G. A. Tittel. D. de eo, quod licet secundum legem naturae summa naecessitate urgente, , 1763.
J. Ch. Quistorp. D. de homicidio permisso et specialiter de moderamine inculpatae tutelae probatione . „ 1764.
J. A. Hellfeldt D. de violenta rerum nostrarum defensione . . . . „ 1768.
J. Ch. Quistorp. D. de moderaminis inculpatae tutelae probatione . . . „ 1765.
C. F. Walch. Pr. exhibens historiam juris civilis de vindicta privata . . „ 1768.
A. Zeplichal. Juris necessitatis principia philosophica „ 1770.
E. G. Ardesch. D. de jure defensionis connato legitime temperando . . „ 1776.
H. A. Caan. D. de rerum nostrarum defensione violenta . . . . „ 1776.
J. A. Klüppel. D. de violenta sui defensione . „ 1779.
Pestalozzo Camerling. D. de vi et effectu necessitatis in jure . . . . Nr 1779.
F. Buexpot. D. de jure defensionis necessariae „ 1779.

J. F. Kees D. de periculoso aggressu rite probato moderaminis inculpatae tutelae exceptionem haud probante . „ 1779.

J. L. E. Püttmann. D. de moderamine inculpatae tutelae . . . . „ 1783.

F. Kurasius. D. de jure defensionis necessariae „ 1785.

Juristen Journal vol. II str. 128—136. Gedanken zur Theorie des Rechts der Nothwehr . . . . „ 1798.

J. F. Eisenhart Grundsätze der deütschen Rechte in Sprichwört: von dem Sprichwort: Noth hat kein Gebot . „ 1759.

A. L. G. von Reiche. Beiträgen zur Rechtsgelehrsamkeit und Geschichte str. 1—47 von der Selbsthülfe . „ 1798.

Chr. E. Weisse. Nachtrag zu seiner schrift über die Säcularisation der deutschen geitslichen Reichsländer, nebst einem Afsatz über den Umfang und die Gränzen des Nothrechts. „ 1800.

C. F. W. Gratenauer. Erners Tod, ein merkwürdiger Criminalfall rechtmässiger Nothwehr Wrocław . . „ 1806.

Vom der Maesen. Diss. de justa sui defensione cum caede aggrossoris injusti (Trajecti ad Rhenum) . . . „ 1807.

W. H. Gawarecki. Rozprawa o prawie własnej czyli koniecznej obrony. Warszawa u Pijarów . . . . „ 1815.

Bang. De moderamine inculpatae tutelae ex legibus patriis romanisque, praemissis principiis juris universalis de jure defensionis. Hanniae „ 1819.

Grävell w Neues Archiv des Criminalrechts, vol. 3 rok 1819, 1820, X. Abhandlung über die Theorie der Juju-

rien, der Schmähschriften und der Nothwehr; eine Vorarbeit zu der Selbstvertheidigung str. 189--298.

G. A. Kleinschrod. Neues Archiv des Criminalrechts vol. III rok 1819, 1820, XV str. 383, 393. Beitrag zur Lehre von der Nothwehr in zwei Rechtsfällen.

Smet. Diss. de legitimae sui defensione Loranii . „ 1824.

Anonim. Über Jujurien, Hausrecht, Nothwehr und Duelle nach Preuss. Recht . „ 1827.

Metzburg. Abhandlung w Zeitschrift für Oester, Rechtsgeschichte vol. I. . . „ 1827.

A. Sander Archiv des Criminalrechts Neue Folge „ 1841. str. 68 IV Beiträge zur Lehre von der Nothwehr mit besonderer Beeziehung auf die Bestimmungen des Badischen Gesetzentwurfs.

Zöpfl Archiv des Criminalrechts. Neue Folge Beiträge zur Revision IV str. 118 rok 1842 der Lehre von der Nothwehr. X „ 311 „ 1842 II „ 27 „ 1843

H. A. Zachariä. Archiv des Criminalrechts Neue Folge rok 1841.
XV str. 422 Bemmerkungen zur Lehre von der Nothwehr.
Archiv des Criminalrechts Neue Folge r. 1843 XV str. 344 Ueber die Strafbarkeit der Widersetzlichkeit gegen öffentliche Beamte.

Ludwik v. Jagemann, Archiv des Criminalrechts. Neue Folge 1842. XXII str. 595 rok 1843 str. 49.
Das Verbrechen der Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt.

A. F. Berner Archiv des Criminalrechtes Neue Folge „ 1848

XIV str. 547 Die Nothwehrtheorie.
K. Wagner. Ueber die Nothwehr w F. Haimerls Magazin für Rechts und Staatswissenschaft III.
Krug, Gerichtssaal. 1856 Maiheft.
Carl Levita. Das Recht der Nothwehr. Giessen „ 1856.
August Geyer Die Lehre von der Nothwehr. Jena . . . . „ 1857.
Hermann Seeger, Abhandlungen aus dem Strafrechte str. 173—470 II. Tübingen . „ 1858.
Haager. Ueber die Lehre von der Nothwehr w czasopiśmie „die Strafrechtspflege in Deutschland".
wydawanem przez v. Gross. Jahrg. 3, II.
Wolfgang Wessely, Die Befängnisse des Nothstandes und der Nothwehr. Praga 1862.
Gregory Comentatio de inculpatae tutelae moderatione Hagae Comitis. 1864.
August Friedrich, rozprawa inauguralna, de inculpatae tutelae communi jure germanico postulatis. Berolini 1866.

B) Dzieła całość prawa karnego traktujące

Wszystkie prawie dzieła prawu karnemu poświęcone, wszystkie podręczniki, zajmują się naszym przedmiotem w sposób mniej lub więcej obszerny— w przedstawieniu więc tem, koniecznej obrony naszéj literatury, ograniczymy się tylko do dzieł najważniejszych, z których w dalszym ciągu więcej korzystać będziemy.

Grolman. Grundzätze de Criminalrechtswissenschaft 1805 § 23 i następne.
Henke. Handbuch des Criminalrechts 1823 I str. 205.
Martin. Lehrbuch des deutschen gemeinen Criminalrechts 1829 § 45 str. 99.

Carl Ernst Jarcke. Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts 1827—30 tom I § 23 str. 137.

Abegg. Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft 1830 str. 107.—Lehrbuch § 109.

C. F. Rosshirt. Lehrbuch des Criminalrechts 1821 § 27.

Anton Bauer, Lehrbuch des Strafrechtes Göttingen 1833 § 50—53 str. 82.

Henryk Richter. Das philosophische Strafrecht Lipsk 1829 str. 135.

Michelet. System der philosophischen Moral str. 61.

A. H. Luden. Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrechte. Göttingen 1840 tom II str. 475.

Heffter. Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts. 1848 § 41.

Reinhold Köstlin. System des deutschen Strafrechts. Tübing. 1855. Erste Abtheilung § 28 str. 75.

„ „ Neue Revision str. 708.

Feuerbach. Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, wydanie Mittermaiera. 1847. § 36 i następne.

K. E. Morstadt, Ausführlicher kritischer Commentar zu Feuerbachs Lehrbuch 1855 § 37 38, 39, 182, 212, 322.

Prof. F. Bluhme. System des in Deutschland geltenden Strafrechts. Bonn. 1854 str. 45, 47.

C. J. Bekker. Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts 1857 str. 499, 604—608.

T. Marezoll. Das gemeine deutsche Criminalrecht. 1856 § 25 str. 86.

Prof. Hugo Hälschner. System des Preussischen Strafrechts. Część ogólna Bonn 1855 § 64 str. 243.

A. F. Berner Lehrbuch des Deutschen strafrechts. Lipsk 1868 § 86 str. 135.

Geib. Lehrbuch des Deutschen Strafrehts. Lipsk 1861 tom II str. 227.

Prócz tego ciekawe przypadki koniecznej obrony zebrane są w wielkiej ilości w.

Hitzigs Annalen der Deutschen und Ausländischen Criminalrechtspflege tom IV str. 275, tom V str. 105, tom VI 180, 296, tom VII 186, tom XV 170, tom XVI 131.

W. L. Demmes Annalen der Deutschen und Ausländischen Criminal-Rechtspflege, III 331, IX 339, XV 319 XIX 321—324, XVIII 374.

Hitzig. Zeitschrift für die Criminalrechtspflege in den Preussischen Staaten vol. IV 315 XI, 204, XVII 361.

Kleins. Annalen vol. VII, 91, XVI, 86.

Werner. Handbuch des Peinlichen Rechts § 210, 217, 233, 653.

Tittmann Vorträge über merkwürdige Criminalrechtsfälle 1815 str. 50.

Hufnagel. Commentar zum Würtembergischen Gesetzbuch str. 97.

Tausch. Rechtsfälle aus dem Civil und Criminalrechte 1837 str. 133 [1]).

Z francuzkich dzieł przytaczamy.

J. B. Sirey. Code Pénal annoté. 1819 str 216.

Berriat-Saint-Prix. Cours du droit criminel. 1821. str. 14, 31, 65, 124, 145.

Chauveau et Hélie, Théorie du Code Pénal 1837. vol. II, str. 236.

E. Trébutien, Cours élementaire du droit criminel. 1854, I, § III str. 138.

P. Rossi. Traité du droit pénal 1855 vol. I, VIII, 147, 157, 178, II str. 9, 7.

Chauvaeau et Hélie, Théorie du Code Pénal 1862 tom IV, 171.

---

[1]) Berner. Archiv des Criminalrechts 1848 str. 569, 570.

M. Ortolan. Eléments du droit pénal 1863, tom I 168.
Prof. St. Budziński. Teorya prawa karnego.
Warszawa 1868.

Stosownie do przyjętego przez nas planu, przechodziemy z kolei rzeczy do Rozdziału I.

ROZDZIAŁ I.

Prawo koniecznéj obrony.

W tym rozdziale zająć się musimy poszukiwaniem ostatecznéj zasady koniecznéj obrony, jéj podstawowem uzasadnieniem; czy tą zasadą jest prawo koniecznéj obrony lub nie, a więc głownie kwestyą istnienia lub nieistnienia prawa koniecznéj obrony, która to kwestya do dziś dnia sporną jest w nauce. Rozważenie tego pytania odpowiednio do przyjętej przez nas zasady, poprzedzić musimy przedstawieniem w krótkim zarysie historycznéj strony tego uzasadnienia koniecznéj obrony, a zatem pojmowania, jakie odnośnie do koniecznéj obrony istniało w przeszłości i istnieje dotąd w nauce.

Prawo Rzymskie, daléj cały średniowieczny rozwój prawny, a więc tak średniowieczna doktryna, jak i prawa ludowe, jak i pojedyńcze prawodawstwa partykularne i zwyczaje miejskie, wreszcie to wszystko, co w nowszéj i teraźniejszéj nauce koniecznéj obrony, jako też i w szczególnych pozytywnych prawodawstwach się znajduje— w pojmowaniu naszego przedmiotu tworzą trzy punkta główne, chronologicznie różne; w zasadzie jednak równą myśl, a tylko w różny wyrażoną sposób zawierające i będące do siebia w historycznym związku i stosunku [1]). Prawo Rzymskie tworzy tu umiejętny punkt wyjścia, podaje zasadę odpowiednią, zarówno w ogólnem pojęciu jak i w pojedyńczem i szczególnem zastosowaniu w ten sposób, że z zasady téj wyprowadzić można całą sieć pojedyn-

[1]) Seeger Abhandlungen § 27 str. 356—359.

czych wypadków, obejmującą wszystkie różnoliczne objawy życia [1]). Średniowieczna doktryna Włoska i cała prawie przeszła nauka Niemiecka, prawa ludowe jak i pojedyńcze partykularne prawcdawstwa przyjmują tę myśl zasadniczą, którą wyrażoną w prawie rzymskiem już zastają, przyjmują więc to, co już poprzednio przed niemi istniało— ale myśli téj nie wypowiadają tak ogólnie, tak zasadniczo, a tylko w zastosowaniu do pojedyńczych wypadków i to mianowicie do tych, które były najważniejszemi, które najbliżéj leżały i najwięcéj budziły interessu t. j. do wypadków zabicia napastnika w razie bezprawnego napadu na życie lub ciało [2]). W owych wiekach, które jako epokę przejściową charakteryzujemy, w których dopiero zaczynają się wytwarzać nowe stosunki i te nowe stosunki wymagają nowego uporządkowania, kiedy zatem, jak w każdym peryodzie przygotowawczym, najprzód zarysowują się przypadki najważniejsze, najbardziéj krańcowe, codzienne w tym czasie walki i rycerstwa— nic dziwnego, że tam gdzie o uporządkowanie tych nowych stosunków chodziło, te wypadki, które wówczas były najpowszechniejsze i które w owym czasie najbliżéj uwagi leżały, najprzód i to z początku wyłącznie nawet uporządkowane zostały. Wytłomaczenie więc tego faktu tkwi już w samem otoczeniu zewnętrznem,— rzeczywistem, w tem, co sam rozwój ogólny dziejowy z sobą przyniósł. Widzimy zatem przemianę, jaka odnośnie do pojmowania koniecznéj obrony, na tym drugim punkcie historycznym zachodzi. Prawo rzymskie wyraża tu myśl ogólną, przyjmuje konieczną obronę w najogólniejszéj zasadzie— nauka i prawodawstwa średniowieczne przywłaszczają sobie to, co jako pozostałe z poprzedniego rozwoju zastają, w zasadzie więc myśl tu jest ta sama; ale niewypowiadają jéj tak ogólnie a tylko w zastosowaniu do najważniejszych wypadków t. j. do wypadków

---

[1]) Levita 32, 33, Köstlen. System § 28, Seeger § 27.

[2]) Prof. Hälschner 247—250, Köstlin system § 29, Zöopfl Archiv d. Cr. R. N. F. 1842, 130, 311—339.

zabicia napastnika w razie bezprawnego napadu na życie lub ciało. To najwięcéj w średnich wiekach uderzało; na to więc głównie, a nawet wyłącznie zwróconą była uwaga. Widziano fakt zabicia napastnika, nastąpiony w skutek bezprawnego napadu z jego strony na życie lub ciało napadniętego; chodziło o uprawnienie tego zabicia, wzięto więc to, co najbliżéj leżało, nieodniesiono prawności tego faktu do ogólnego prawa konieczněj obrony, ale skutkiem pewnego pomięszania wzięto rezultat z wykonania tego prawa za samą jego istotę i uznano, że w tem szczególnem pojedyńczem zastosowaniu, napadający ma prawo zabicia napastnika w razie bezprawnego napadu na jego ciało lub życie. Widocznym tu jest ten proces przemiany. To prawo koniecznéj obrony, które w prawie rzymskiem miało tak ogólną podstawę, w średnich wiekach, siłą samego otoczenia zewnętrznego, pojmowane jest jako prawo zabicia. Oto jest drugi punkt historyczny, na który tylko mimochodem prawie, (tak jak w ogóle w traktowaniu historycznéj strony naszego przedmiotu postępować jestem zmuszony), zwracam uwagę. Daléj Berlich i Carpzov [1]), których dzieła długo tu bardzo były decydującemi, przywłaszczyli sobie podobnie na tem polu, jak i w dziedzinie całego prawa karnego w ogóle, rezultaty Włoskiej nauki i całéj prawie praktyki Niemieckiéj i zebrany w ten sposób bogaty materyał był podstawą dalszego rozwoju. Poprzednie niedostatki i szpary, jakie w skutek tego wyłącznego i ciasnego pojmowania koniecznéj obrony wynikły, potrzebowały zapełnienia; a źródłem, w którem tego zapełnienia szukano, były rezultaty prawa natury: to jest dążeniem całéj prawie nauki nowszéj, kierunkiem w którym cała nowsza doktryna postępuje. Wytwarza się więc trzeci punkt historyczny, i w ten sposób cały ów rozwój dziejowy się wypełnia. Prawo koniecznéj obrony, które w prawie Rzymskiem w ogólnéj zasadzie przyznanem było, które w średnich wiekach poj-

---

[1]) Seeger Abhandlungen § 27, str. 357.

mowano jako prawo zabicia, teraz znów szerszą pozyskuje podstawę i na właściwszych jest już opierane zasadach. Zmianę tę wywołało wprowadzenie elementu ogólnego, filozoficznego, w zakres badania koniecznéj obrony, ale jak słusznie powiada Seeger [1]), że to, co Buder na podstawie filozofji Wolffa, późniéj Grolman i Feuerbach, Kant, Berner, Köstlin, Hegel co do konieczném obrony głosili, w zasadzie prowadzi do tych samych rezultatów, jakie już w poprzedniéj nauce spotykamy, bo myśl zasadnicza jest ta sama. Wszystko więc tu, cały ten rozwój, jest w ścisłym związku, w organicznéj całości.

W tym krótkiem historycznym przebiegu, chciałem tylko objąć w jednym rzucie oka, całość dziejowego rozwoju konieczn éj obrony, jako pewnego pojęcia. Ponieważ stronę historyczną mojego przedmiotu wbrew własnemu uznaniu traktować jestem zmuszony tak niewystarczająco i niedostatecznie, to w tym ogólnym zarysie chciałem tylko wykazać sposób, w jakim historya tego stosunku tak żywotnego traktowaną by być mogła. Odnośnie do saméj zasady, którą przyjąłem, i z przyjęcia któréj po części usprawiedliwić się starałem, stronę historyczną konieczném obrony traktować będ; w łączności z pojedyńczemi kwestyami, jakie przy zastanowieniu się nad naszym przedmiotem pod uwagę przyjdą. W zgodzie więc z tym planem przy poszukiwaniu zasady konieczném obrony, przy uzasadnieniu prawa koniecznéj obrony, chcę się zwrócić przedewszystkiem do przeszłości samej, wykazać pojmowania, jakie co do tego przedmiotu panowały, i na téj historycznéj drodze, z jednej strony pozyskać pewne dokładniejsze wiadomości, które nam przeszłość naszego przedmiotu rozświetlą, a z drugiéj strony otrzymać pewne dane, któreby nami we własnem poszukiwaniu ostatecznéj zasady koniecznéj obrony kierować mogły. W tym jednak historycznym wywodzie, jakkolwiek on już z samego założenia swego musi być krótkim i niewyczerpują-

1) Abhandlungen § 27 str. 359.

cym, jeszcze i co do jego treści saméj ograniczyć się muszę, do źródeł ogólno-prawnego powszechnego znaczenia, a pominąć cały rozwój ściśle narodowy, bez względu na korzyść jakąbyśmy mogli z rozpatrzenia tego ostatniego osiągnąć.

Przyznanie koniecznéj obrony, jako pewnego prawa pierwotnego, naturalnego, przysługującego każdemu człowiekowi, spotykamy we wszystkich czasach i u wszystkich narodów. Przyznanie to częstokroć nie jest jeszcze świadomem siebie, a tylko przeczuciowem, instynktownem, tak samo jak i pojęcie koniecznéj obrony z początku nie jest wyraźnem, lecz często podciąganem pod szerszą kategoryą samowoli dozwolonéj lub zemsty prywatnéj [1]). Słusznie na tym fakcie powszechnego istnienia koniecznéj obrony opierając się, powiada Geib [2]), że konieczna obrona niema historyi. Istnienie koniecznéj obrony, jako pewnego prawa naturalnego spotykamy u wszystkich narodów, na jakimkolwiek bądź stopniu państwowego rozwoju stojących jako to już u Hebreów w prawodawstwie Mojżeszowem (Exod. XXI, 18 XXII, 1, 2, Leviticus XIX, 16. Również w Talmudzie Sanhedrin fol. 73, Mischna Sanhedrin VIII, 7), ([3]). Daléj pewne przepisy co do koniecznéj obrony widzimy w prawie Muzułmańskiem [4]), jako też i w prawie Attyckiem, (Apollodor 2, 4, 9, Demosthenes in Aristocr, 639, 6, [5]).

Zasady koniecznéj obrony tak, jak ona była pojmowaną w prawie Rzymskiem, miały dwa punkta wyjścia, jus civile i jus gentium vel jus naturae [6]). Z jednéj więc strony ślady koniecznéj obrony widzimy już w prawodawstwie XII ta-

---

[1]) Seeger Abhandlungen § 7 str. 211—217.

[2]) Geib Lehrb. D deutschen Strafrechts II str. 228. Friedrich 22.

[3]) Wessely str. 39 Note I.

[4]) Tornauw. Das moslemische Recht aus den Quellen 2 dargestellt. Lipsk 1855 str. 237.

[5]) Wessely str. 39 Note I.

[6]) Seeger § 29 str. 363 Hälschner 246.

blic [1]), z drugiéj strony samo powstanie tych zasad odniesiono do podstaw szerszych i głębszych. Jeżeli teraz spojrzymy na przedstawienie zasad koniecznéj obrony, tak jak one znajdują się w zbiorach Justyniańskich, to nie zobaczymy tam zupełnego wyróżnienia pojęcia koniecznéj obrony, traktowania téj ostatniéj, jako specyalnego, w sobie zamkniętego, osobną całość stanowiącą przedmiotu prawnego. Zbiory Justyniana mówią tylko o téj materyi w sposób ogólny tam, gdzie one traktują materye związkowe jak przy Lex Aquilia albo Lex Cornelia de siccariis et veneficiis i bez tak szeroko rozwiniętéjka zuistyki, jak w innych przedmiotach [2]). Przyczyną tego było to, że praktycznéj naturze prawa Rzymskiego sprzeciwiało się, aby prawo tak naturalne jak prawo obrony przeciwko bezprawnemu napadowi, objaśniać i ograniczać przez sztuczne przepisy, to, że ono chciało je poddać swobodnemu rozwojowi życia a nie zamykać w granicach niewystarczającéj kazuistyki.

Prawo tak praktycznéj natury, jak prawo koniecznéj obrony zaledwie potrzebowało być uznanem przez naród, który jak mówi Ihering [3]), za punkt wyjścia swojego prawa ideę przyjął, że indywiduum samo w sobie, w swojem poczuciu nosi podstawę prawa [4]).

Jeżeli więc z jednéj strony w prawie Rzymskiem widzimy oparcie prawa koniecznéj obrony na owem jus naturae [5]), to z drugiéj strony jednak zdaje mi się koniecznem zaprzeczyć tym konsekwencyom, jakie Geyer [6]), chce wyprowadzać z tego uzasadnienia koniecznéj obrony. Powiada on, że w prawie

---

1) Dirksen. Zwölf. Tafel. Fragm. 564, 566, Abegg Unters. 142, 143 Uwaga.

2) Geyer 54, Levita 32, Zöpfl N. A. z r. 1842 str. 124, Rosshirt Entwick der Grundsätze des Strafrechts 1828 § 33.

3) Ihering. Geist d. R. R. I część str. 79, 102.

4) Levita 32.

5) fr. 3 D. I, I, de J. et J. fr. 1 § 27 D. de vi 43, 16, L. 4, pr. D. ad L. Aqu. IX, 2, L. 45 § 4 eodem. Levita 34, Seeger 291, Geyer 55.

6) Geyer 55—58.

Rzymskiem naturalis ratio, jako źródło juris gentium, uważana była za przeciwstawienie juris civilis, a że konieczną obronę w Rzymie opierano tylko na owéj naturalis ratio, a więc ztąd Geyer wyprowadza wniosek, że konieczna obrona, tak jak ona była w prawie Rzymskiem pojmowana, przedstawiała tylko pozór prawa, ale prawem w istocie swéj nie była. Owa naturalis ratio, była tym elementem modyfikacyjnym, który przez zasady słuszności, przez zasady aequitatis łagodził jednostronność juris civilis; konieczna obrona zatem jako instytut juris gentium a nie juris civilis, jako dozwolona przez naturalis ratio, a nie przez jus civile ściśle pojęte, odnoszoną była do zasad nie wyłącznie prawnych, ale do pewnych principiów, które obok innych względów mieściły w sobie także wzgląd słusznego odwetu, słusznéj kompensaty. W téj dedukcyi Geyer chce pozyskać nowy argument dla podparcia całego swego poglądu, który późniéj przedstawimy i na niéj uzasadnia swoje twierdzenie, że w prawie Rzymskiem konieczna obrona była tylko czynnością bezkarną, ale nie była nigdy czynnością prawną. Zaprzeczenie saméj zasadzie ogólnego poglądu Geyera, musimy odnieść tam, gdzie ten pogląd w bliższych szczegółach przedstawić się postaram, tu zaś jedynie to tylko wymaga sprzeciwienia się, na mocy czego Geyer w prawie Rzymskiem nowe dla swego założenia zyskuje podstawy.

Geyer dla swego odróżnienia czysto dowolnego pomiędzy prawem i słusznym odwetem, dla wyłączenia koniecznéj obrony z pierwszego a zaliczenia jéj do drugiego, widzi nową podstawę, nowy dowód w tem, że prawo Rzymskie odnosi konieczną obronę do jus gentium, a nie do jus civile, że ono zatem nie pojmuje ją jako prawo w ścisłem słowa znaczeniu. To twierdzenie sprzeciwia się temu wszystkiemu, co dotąd nauka na tem polu mówiła [1]). Jeżeli Geyer w odniesieniu koniecznéj obrony

---

[1]) Rosshirt. Entwickl. der Grundsätze des Strafrechts 1828 § 33, H. A. Zachariä Archiv. d. C. R. N. F. 1841 N. XV str. 430. Seeger 440, Levita 34, 35, Köstliu. System § 28, Wessely 40.

do jus gentium, do naturalis ratio, chce upatrywać dowód nie pojmowania jéj jako prawa, to już przeciwko temu, zdaje mi się, to powiedzieć można, że i jus gentium jest jus, a więc jest prawem. A zresztą nawet gdybyśmy się zgodzili z Geyerem i odmówili charakteru prawa temu zbiorowi zasad ogólno-ludzkich, które Rzymianie jako jus gentium, a więc zawsze jako pewne jus pojmowali, to jednak nie można zapewnić o tem, że prawa Rzymskie w zasadach koniecznéj obrony miało dwa punkta wyjścia, obok owego jus gentium, owéj naturalis ratio także i jus civile, a więc prawo par excellence, któremu i Geyer charakteru prawa nieodmawia, a które konieczną obronę jako prawo, zasadę prawną, a nie do idei słusznego odwetu się odnoszącą, uznało. Widzimy to nie tylko w prawie XII tablic ale i późniéj; w zbiorach Justyniańskich, w najnowszem prawie Rzymskiem, uzasadniano konieczną obronę, nie tylko na owéj naturalis ratio, ale i na jus civile, na prawie stanowionem, na konstytucyach cesarskich [1]).

Tęż samą myśl, która prawu Rzymskiemu przewodniczyła, widzimy powtórzoną i w prawodawstwie kościelnem. Kościół uważa karę jako środek poprawy, jako sposob zrobienia człowieka lepszym, sprowadzenia pogodzenia ludzkiéj wolności z wolą Bożą [2]), tam więc gdzie ten cel poprawy nie istnieje wcale lub gdzie on przez inne jakie środki już osiągniętym został, gdzie zatem wola człowieka zawsze do dobrego zwróconą była lub już ku dobremu się skierowała, tam kościół kary nie stanowi. Jeżeli więc prawo kościelne nie chce karać czynności w stanie koniecznéj obronie nastąpionéj, to dla téj przyczyny, że czynność ta nie była objawem złéj woli sprawcy, że on i bez téj kary kościelnéj może postępować na drodze zbawienia. Tę myśl widzimy wyrażoną jasno i dokładnie w penitencyarzach kościoła zachodniego (Canones poenitentiales), które

---

[1]) Seeger 440 następne.

[2]) Schultz. System des allg. Kathol. Kirchenrechts 1856 str. 376.

mają tu dla nas podwójne znaczenie, raz jako materyał prawa kościelnego i powtóre znaczenie więcéj ogólne, jako przedstawiające nam kierunek pojęć owczesnego społeczeństwa na podstawie ścisłego związku kościoła z narodem [1]). W penitencyarzach tych wyraźnie czytamy. „Komu się zdarzy zabójstwo popełnić w konieczné obronie— ten może pokutować, pościć i dawać jałmużny, jeżeli serce mu to doradza, aby oczyścić się od krwi przelanéj— ale kościół tu nie stanowi żadnéj kary właściwéj, bo sprawca jest więcéj godnym pożałowania, jak kary" [2]).

Jeżeli teraz zwrócimy się do prawa Kanonicznego w ścisłem znaczeniu, do Codex juris canonici i tam będziemy szukali pewnych danych, o jakie nam w poszukiwaniu historyi samego pojmowania koniecznéj obrony chodzi, to spotkamy w niem powtórzoną myśl prawa Rzymskiego, toż samo odniesienie uzasadnienia prawa koniecznéj obrony do prawa naturalnego, a więc do podstaw szerszych i ogólniejszych, pojmowanie koniecznéj obrony jako pewnego instytutu wspólnego wszystkim narodom i po wszystkie czasy [3]).

Geyer [4]) pragnie swój pogląd ogólny, który przeczy istnieniu prawa koniecznéj obrony w ogóle, oprzeć na pozytywnych prawodawstwach i podobnie jak w prawie Rzymskiem, tak samo i w prawie Kanonicznem szuka pewnych podstaw dla historycznego uzasadnienia swego poglądu. Podstawę tę znajduje on w tem odniesieniu koniecznéj obrony do jus naturale,

---

[1]) Ch. Giraud. Essai sur l' histoire du droit francais au moyen âge 1846, I vol. str. 374, Wasserschleben. Die Bussordunngen der abendländischen Kirche 181. Levita 52 i nastęone.

[2]) Poenitentiale Gsendo-Bedae c. XXXIX § 3 (Wasserschleben str. 275). Poenit. Pseudo-Romanum § 2 (Wasserchl. 373). Poenit. Civitatense c. XLVII, c. LVIII (Wassersch leb. str. 693, 694). Levita 53, 54, Geyer 68, 69, Wesaely 41.

[3]) Decret. Gratiani Dist I c. 7 § 1. C. 18 X de homicid. vol. et casuali 5, 12, c. 6 in 6-to ae sentent. excommunnic 5, 11. Levita 57. Wessely 40.

[4]) Geyer str. 68, 69, 70.

a zatem w tem, że i tu pojęcie tego co jest naturale et aequum przeważnie występuje. Jeżeli już poprzednio choć w krótkich wyrazach starałem się wykazać niesłuszność tego poglądu, o ile on szukał oparcia się na zasadach prawa Rzymskiego, to ponieważ prawo Kanoniczne przyjmuje też same zasady, wystarcza więc tu odesłanie do tego, co powiedzieliśmy poprzednio. Geyer powołuje się tu na cap. 10. X de homicidio V, 12 i w odniesieniu do tego miejsca może pozorną mieć słuszność. Miejsce to mówi o zabiciu dokonanem przez duchownego w koniecznéj obronie majątku i wyrzeka na niego karę kościelną i powstrzymanie się od służby ołtarza. Ale i tu ta słuszność jest tylko pozorna i tu kościół zabójstwa dokonanego w koniecznéj obronie majątku, nie uważa za bezprawne; niechce karać za zabicie, ale tylko za odstąpienie od moralno-religijnych szczególnych obowiązków duchownego, a mianowicie od owéj mansuetudo ecclesiastica, wymaganéj od kapłana [1]).

W przedstawieniu koniecznéj obrony tak, jak ona pojmowaną była w dawnem prawie Polskiem, dla zupełnego prawie braku materyałów pod ręką, ograniczyć się muszę do krótkiéj bardzo wzmianki.

Prawa Polskie kryminalne w statutach i konstytucyach zawarte, zabójstwo w obronie życia na napastniku domu popełnione, za prawne uznają i od mocy prawa na zabójców rozmyślnych i dobrowolnych ustanowionego, wyłączają [2]). Prawo Magdeburskie [3]), wyraźnie powiada. „Ktoby ranił albo zabił gwałtownika swego, za to nic nie przewini, gdy dowiedzie samosiedm, że to w uciekaniu albo na gwałcie uczynił". Również stanowczo wyraża się prawo Chełmińskie [4]). Kiedy się

---

[1]) Phillips. Kirchenreht 597. Levita 62, Seeger 444.

[2]) Herburt fol. 195. Tit. pro homicidio in sui defensione commisso. Toż samo w Statucie Litewskim Rozd. II, art. 2, 19—22. Gawarecki str. 10.

[3]) Jus Magd. art. 113. Speculum Saxonicum per Paul. Szczerbicz. Lib. II art. 69 Gawarecki 11.

[4]) Prawo Chełmińskie przez Pawła Kuszewicza Poznań 1697. ks. 5. Rozdz. 52, 53, Gawarecki 11, 12.

kto na dobrowolnéj drodze na drugiego rzuci, aby go obdarł, a on się bronić gotuje i zbójcę zabije, wówczas ani przyjaciołom zabitego nie powinien głowy płacić ani sędziom za szkodę, winy położyć.

Podobnież zapatrują się na konieczną obronę i prawa obce późniejsze, które w krajach Polskich czasowo obowiązywały jak Prawo Pruskie Krajowe Kryminalne [1]) i Prawo Karne dla Wschodniéj Galicyi [2]).

W dalszym ciągu naszego rozpatrywania historycznéj strony pojmowania koniecznéj obrony, zwróćmy się z kolei rzeczy do nauki Włoskiéj. Średniowiecznym pisarzom Włoskim należy się zasługa ogólnego wykształcenia koniecznéj obrony na podstawie prawa Rzymskiego w ten sposób, że ona objęła całość rozmaitych wypadków zdarzających się w życiu [3]). Stoją oni najbliżéj prawa Rzymskiego i w bezpośredniem prawie z niem zetknięciu zostają, pod wpływem świeżych tradycyi Rzymskich; najmniéj też od zasad tego prawa odstąpili. Opierają oni również prawo koniecznéj obrony na jus naturale vel gentium, ale występuje już u nich pewne nieporozumienie z przyczyny odróżnienia pomiędzy jus gentium et jus naturale, które to ostatnie pojmowali oni jako pewne prawo wspólne ludziom i zwierzętom. Glossatorowie opierają na jus gentium jedynie prawną defensio ludzi [4]), dodają jednak, że coś podobnego nakształt jak przy ludziach, zachodzi także i przy zwierzętach podług L. 1 § 41 D. si quadrupes IX, I, ale tego ostatniego nie zaliczali oni do koniecznéj obrony [5]). Ztąd pewne nieporozumienie i chwianie się pomiędzy prawnikami Włoskiemi. P. de Castro odwołuje się co do koniecznéj obrony na Arysto-

---

[1]) Allgem. Preuss. L. Recht Część II tyt. XX § 517. Gawarecki 12.

[2]) Strafgensetzbuch für Westgall. § 124. Gawarecki 12.

[3]) Seeger Abhandl. § 28, 360, 361.

[4]) Gl. ad L. 4 D. l. Aquil. IX, 2.

[5]) Gl. ad L. 3 D. de J. et J. I, 1, tak czyni Bartolus, Fulgosius. Balduin.

telesa, Fulgosius zalicza ją do jus gentium— wielu zaś odnosi prawo koniecznej obrony do owego Ulpiańskiego jus naturale, quod natura omnia animalia docuit [1]). Claudius de Seyssello chce rozwiązać tę sprzeczność istniejącą w źródłach pomiędzy L. 2 D. de Jet I a L. 1 § 11 D. si quadrupes w ten sposób, że on pojęcie defensionis in genere nie uważa za równoznaczne z czystą, właściwą obroną, z defensio cum moderamine inculpatae tutelae, ale nadaje pierwszéj szersze znaczenie. W tem jednak zgadzali się wszyscy pisarze włoscy, że obrona prawa, za prawną uznaną być musi, że konieczna obrona jest prawem [2]).

W następnéj średniowiecznéj nauce a nawet i późniejszéj, podobnie jak i w średniowiecznych prawodawstwach, zwłaszcza Niemieckich, konieczna obrona przyjmuje właściwe i odrębne stanowisko; ograniczano ją do jednego tylko najważniejszego przypadku t. j. do przypadku zabicia, i pojmowano ją jako prawo zabicia napastnika w razie bezprawnego napadu na życie lub ciało. Widocznem tu jest pewne pomięszanie pojęć z różnych skutków, jakie z wykonania prawa koniecznej obrony nastąpić mogą, wzięto ten, który wówczas był najczęstszym, który najbliżej uwagi leżał, który zresztą był najważniejszym t. j. zabicie napadającego przez napadniętego i skutek ten uważano za istotę samego prawa, w wykonaniu którego on nastąpił. Raz oparłszy się na téj błędnéj praemissie, inne błędne konsekwencye są nieuniknione. Jeżeli więc prawo koniecznéj obrony pojmowano jako prawo zabicia napastnika, to pewnem wymaganiem naturalnéj słuszności, któremu i średniowieczna nauka oprzeć się niemogła, było ograniczenie wykonania tego prawa

---

1) Bonifac. de Vitalinis. Rubr. de damno dato § Alia ratio. Albericus de Rosciati ad L. 3 D. de J. et J. I, 1 pr. nr. 3 ad L. 1 § 11 Si quadrupes i ad L. 3 ad L. Aquil IX, 2, Florianus ad L. 1 § 11 Si quadrupes nr. 1—2. Hippolytus de Marsiliis § Quoniam nr. 76 p. Seeger § 29 str. 363—367.

2) Seeger § 29 str. 363—367.

tylko do przypadków, gdzie ten napad życiu lub ciału napadniętego zagrażał [1]).

Pogląd ten przedłuża się aż do XVIII w. Zdania najznakomitszych pisarzów tej epoki pokrótce i mimochodem tylko postaram się przedstawić. Julius Clarus wyraźnie powiada, że zabójstwo dozwolonem jest w obronie. Podobnież i Jod Damhonder zabójstwo w obronie dokonane, uważa za prawne i uzasadnia je na naturalis ratio [2]). Całkowitą, zupełną naukę o koniecznéj obronie spotykamy po pierwszy raz u Berlicha z którym w istocie saméj zgadza się Carpzov [3]) i ich pojmowanie panuje w nauce do XVIII w. Nie dążą oni do podstawowego uzasadnienia prawa koniecznéj obrony, a raczéj tylko do kazuistycznego przeprowadzenia pojedynczych jéj zasad, ztąd nie mogą oni uniknąć również tego obłędnego pojmowania koniecznéj obrony jako prawa odparcia napadu grożącego życiu lub ciału napadniętego przez zabicie napadającego. Carpzov tworzy już całą teoryę koniecznéj obrony, uważa on ją nietylko za prawo, ale nadto za obowiązek każdego człowieka [4]) i ogłasza za samobójcę tego, kto się nie ratuje przez konieczną obronę, wtedy gdy może. To zdanie Carpzova przyjmują i jego następcy, i w uzasadnieniu jego odwołują się, już to na Pismo Śte [5]) już to na prawo Rzymskie lub Cicerona [6]). Na tem

---

[1]) Hälschner. System 248—252.

[2]) Clarus lib. V § Homicidium. Damhonder Praxis rer. Crim. cap. 76—80.

[3]) Berlich Conclus. practicab. IV, 12, 13. Carpzov. Pract. rer. crim. qu. 28—33 p. Zöpfl Archiv. d. Cr. R. N. F. 1842 X, 311—339. Haelschner 243—249.

[4]) Carpzov. Pract. r. cr. qu. 28 nr. 12. Patrz Zöpfl. N. A. d. Cr. R. N. F. 1842 X str. 311—339. Haelschner 248.

[5]) Jak Matthaeus de crim ad D. 48, 5. Stephani Caroli V Const. Crim. ad art. 139 uważają konieczną obronę za obowiązek religijny każdego człowieka, którego zaniedbanie jest grzechem przeciwko Bogu, przeciwko sobie samemu lub przeciwko państwu, patrz Wessely 36, Levita 22 nota 25.

[6]) Na Cicerona pro Milone odwołuje się Leyser. Medit. ad Pandect IX spec. D. C. patrz Levita 22 nota 25.

stanowisku kryminalistów Saskich pozostała nauka do XVII i początku XVIII w. [1]. Pierwszy dopiero Böhmer wystąpił przeciwko temu tradycyjnemu pojmowaniu koniecznéj obrony, chciał on ją rozciągnąć także do napadów na cześć i majątek [2]. Ale i to wystąpienie nie sprowadziło jeszcze radykalnéj zmiany w pojmowaniu koniecznéj obrony, bo i Böhmer również pojmuje ją jako prawo zabicia bezprawnego napastnika, ztąd i wszyscy jego następcy w XVIII w. mało się różnią od poprzednich pisarzów, i tak samo konieczną obronę pojmują [3]. Pierwszym który istotną zmianę w pojmowaniu koniecznéj obrony zaprowadził, był Pruski Landrecht [4], uważa on ją bowiem ogólniéj jako prawo obrony przeciwko niebezpieczeństwu bezprawnego obrażenia prawa [5]. Feuerbach i Grolman, pogląd ten wprowadzają do nauki [6].

Zwróćmy się teraz z kolei do nauki ostatnich czasów i w niéj szukajmy pewnych danych, któreby nam następnie we własnem poszukiwaniu ostatecznéj zasady koniecznéj obrony przewodniczyć mogły. Przedewszystkiem uderza nas i zastanawia rozmaitość zdań i poglądów, jaka na tem polu panuje. Konieczna obrona jest stosunkiem żywotnym i powszednim, codzienne życie daje nam jego liczne przykłady i jak powiada

---

[1]) Blumblacher Comm. an K. Karls peinlich H. G. O. ad art. 138—142. Clasenii Comm. ad art. 139, 140. Frölich v. Frölichsburg Comm. Tract II, I, 4. Kressii Commen C. C. C. ad art. 140 Engau. Elementa juris crim. I § 335 vid. Hälschner 250 note 26.

[2]) Böhmer Elementa juris pr. crim. II c. 16 Observationes ad Carpzovi Pract. Obs. 1, 2 ad quaest. 28 Obs. 1—5 ad quaest. 29, Obs. I ad qu. 32 Meditationes in C. C. C. ad art. 139, 140 v. Hälschner 250 note 28.

[3]) Meister. Princip. jur. crim c. 9, Koch Instit. juris crim. § 447. Hälschner 251 note 29.

[4]) Landrecht II, 20 § 517—524 vid. Hälschner 251 note 30.

[5]) Zanim idą Steltzer. Lehrbuch § 128. Klein Grundsätze § 34—37 patrz Hälschner 251 note 31.

[6]) Feuerbach Lehrb. § 37—39, Grolman Grunds des Crim. Rs. w 10. § 24, 139. p. Hälschner 25 note 32.

Geib [1]), konieczna obrona niema historji, bo u wszystkich ludów i we wszystkich czasach istniała zawsze— tymczasem, co do pojmowania tego stosunku zachodzi jak największa niezgoda. Z jednéj strony chcą uważać konieczną obronę jako prawo, jako pewne prawo formalne, przysługujące każdemu człowiekowi i źródła tego prawa szukają już to w saméj naturze ludzkiéj, już to w rzeczywistem istnieniu państwa, w pewnych ograniczeniach, jakim opieka i obrona, (które zapewnić jest obowiązkiem państwa i do zapewnienia których państwo wyłączną rości pretensyą), w rzeczywistości niezbędnie podlegać muszą. Z drugiéj znów strony przeczą istnieniu prawa koniecznéj obrony, przeczą więc temu, aby czynność w stanie koniecznéj obrony dokonana, następowała w wykonaniu pewnego prawa, a zatem aby ona była prawną— przeciwnie chcą ją uważać za czynność bezprawną w zasadzie i któréj poczytanie tylko jest wyłączone i w uzasadnieniu tego niepoczytania odbywają wędrówkę po całéj psychologicznéj stronie człowieka. Oto jest przebieg, oto jest treść w najogólniejszych konturach przedstawiona pojmowania koniecznéj obrony w nauce lat ostatnich. Jeżeli więc z jednéj strony już to samo bogactwo literatury tego przedmiotu, ta tak wielka różność zdań i poglądów, świadczy o żywotności koniecznéj obrony, o jéj wielkiéj wadze, o ciągłem zwróceniu uwagi na ten stosunek, który samo życie z sobą przyniosło, a który tak wielki budził zawsze interes, to z drugiéj znów strony ta rozmaitość, jaką w uzasadnieniu i pojmowaniu tego stosunku tak żywotnéj natury spostrzegamy, zastanowić i zadziwić nas musi. Ale nie jestto jedyny objaw tego rodzaju— kwestje najpowszedniejsze i codzienne są zawsze najrozmaiciéj rozwiązywane, przedmioty najżywotniejsze i istotne są właśnie najtrudniejsze do zdefiniowania i pojęcia. Jeżeli więc zwróciliśmy uwagę na rozmaitość poglądów istniejących odnośnie do uzasadnienia koniecznéj obrony, to uznać musimy trudności,

---

1) Geib Lehrb. II 228. Friedrich 22.

jakie przy przedstawieniu tych zdań wszystkich napotkać możemy. Przedewszystkiem więc zastanówmy się chwilę krótką nad samą zasadą, nad sposobem, w jaki to przedstawienie rezultatów nauki nowszéj i teraźniejszéj uskutecznić, te rozmaite poglądy przedstawić będzie najstosowniejszem. Zdawałoby się najprostszem i najłatwiejszem za zasadę tego uporządkowania przyjąć tę ogólną i istotną różnicę, którą powyżéj w ogólnych zakonstatowaliśmy wyrazach: z jednéj strony uznanie istnienia pewnego prawa koniecznéj obrony, z drugiéj niepoczytanie czynności w stanie koniecznéj obrony dokonanéj i poszukiwanie uzasadnienia tego niepoczytania. Ale odróżnienie to, które w zasadzie ma bardzo wiele za sobą i które w naszem własnem poszukiwaniu zasady koniecznéj obrony przyjmiemy, jako dwa główne punkta wyjścia, jako dwie linie demarkacyjne, pomiędzy któremi zamykają się rezultaty całéj nowszéj nauki na tém polu, nie może nam przewodniczyć przy ugruppowaniu tych rozmaitych poglądów. W zasadzie jest ono słusznem, ale przy dokładniejszem przedstawieniu nowéj nauki przeprowadzić się nie da; często bowiem poglądy, które stosownie do owego odróżnienia do dwóch różnych grupp odnieść by należało, w bliższych szczegółach schodzą się z sobą, niekiedy nawet jeden w drugim ma swój punkt wyjścia.

Nie możemy więc tego ogólnego odróżnienia przeprowadzić i innéj zasady porządkującéj szukać musimy. Zasada ta nastręcza się nam sama z siebie — a zasadą tą jest przedstawienie zdań najgłówniejszych w porządku chronologicznym ich powstania z uwzględnieniem tych poglądów, które z niemi istotne przedstawiają podobieństwo. Porządek ten przyjęty jest w wielu dziełach o koniecznéj obronie traktujących [1]) i zdaje mi się, ze stanowiska metody saméj, z punktu widzenia jasności i dokładniejszego przedstawienia przedmiotu, ma on wiele za sobą.

---

[1]) Jak w monografji Levity. Das Recht der Nothwehr.

Levita tam, gdzie poszukuje istoty i prawnéj podstawy koniecznéj obrony, słusznie w różnoliczności zdań istniejących na tem polu w nauce nowszéj, upatruje dwa główne poglądy, dwa główne kierunki zasadnicze, [1]. Pierwszy kierunek wychodzi z zasady, że przeciwko bezprawnemu napadowi, przeciwko któremu państwo pojedyńczego indywiduum nie broni, odżywa pierwotne naturalne prawo obrony człowieka— prawo, które istniało przedtem aniżeli powstało państwo i którego to prawa pojedyńczy człowiek, wstępując w związek państwowy, zrzeka się na rzecz państwa, pod warunkiem, że to ostatnie potrzebną obronę mu zapewni. Skutkiem więc tego warunkowego zrzeczenia się, to pierwotne prawo obrony odżywa tam, gdzie państwo tego warunku nie dopełnia.

Kierunek ten ma swój punkt wyjścia w filozofji Kanta [2]. Kant nie traktuje prawa koniecznéj obrony dokładnie i wyczerpująco, uznaje on tylko jus inculpatae tutelae i mówi o niem niejako dodatkowo, przy okoliczności innego przedmiotu, a mianowicie tam, gdzie on szuka uzasadnienia prawa konieczności. Przyznaje więc on prawo koniecznéj obrony, jako prawo obrony życia przeciwko bezprawnemu napadowi, który się na nie zwraca i stanowi pewną miarę téj koniecznéj obrony (moderamen inculpatae tutelae), któréj zachowanie zaleca, ale wymaganie któréj odnosi on już nie do obowiązków prawnych, ale raczéj do pewnych etycznych wymagań. Powiada Kant: gdy kto prawo twoje chce naruszyć, tego masz zupełne prawo zabić— ale wtedy występuje etyka i dodaje, miarkuj się w twojéj obronie.

Oto jest cały pogląd Kanta, o ile się on do naszego odnosi przedmiotu. Pogląd ten jest naturalną konsekwencyą jego pojmowania prawa wogóle, zidentyfikowania tego ostatniego z pojęciem przymusu, daléj przypuszczenia pewnego przedpaństwowego stanu natury, od którego i Kant uwolnić się nie mógł.

---

[1]) Levita str. 22, 23.
[2]) Kant. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre str. XLI.

Po tem więc wszystkiem, co nauka przeciwko ogólnemu poglądowi Kanta na prawo, wyrzekła, nic więcéj już dodać nie potrzeba.

Pogląd Kanta co do pojmowania i uzasadnienie prawa konieczném obrony najzupełniej podziela Gawarecki (1)

Na gruncie filozofii Kanta stoi Feuerbach. (2) Powiada on iż bezprawny napad zawiesza bezpośrednio istnienie każdego prawa napadającego o tyle, o ile obrażenie tego prawa jest koniecznem dla zachowania w całości zagrożonego prawa napadniętego. Ztąd więc konieczna obrona jest prawem. Każdy obywatel jednak wstępując w związek państwowy, przeniósł na ten ostatni swoje prawo obrony, prawność zatém koniecznéj obrony w państwie przypuszcza ten wypadek, gdy publiczna siła potrzebnej opieki dostarczyć nie może.

Na tym samym gruncie pogląd swój uzasadnia Henke (3), ale w związku z całą swoją teoryą koniecznéj obrony, prawność téj ostatniéj ogranicza on tylko do przypadków, kiedy publiczna siła obronić i kiedy publiczna władza żadnego pewnego wynagrodzenia względem przysłéj możliwéj szkody, jaka z tego bezprawnego napadu wyniknąć może; dostarczyć nie są w stanie.

Ten sam ogólny pogląd z małemi modyfikacyami co do uzasadnienia prawa koniecznej obrony, przyjmuje Grattenauer, von der Maesen i Smet. (4)

Kierunek ten, w filozofii Kanta mający swój początek, posunięty potem został do ostatniéj krańcowości; wypowiedziano, że w stanie koniecznéj obrony zniesione są wszystkie prawne stosunki, samo państwo nie istnieje nawet, że w stanie tym wyłączona jest możliwość współistnienia ludzi, możliwość

---

(1) Gawarecki Rozprawa o prawie koniecznéj obrony str. 6—8
(2) Feuerbach Lehrbuch § 36 str. 60 wydania Morstadta.
(3) Henke Handbuch I, str. 206.
(4) Grattenauer str. 58, 59, von der Maesen str. 4, Smet str. 14, 15.

ku egzystencyi, że wyłączony jest zatem i wszelki stan prawny który na téj możliwości współistnienia spoczywa. W miejsce więc owego stanu prawnego wstępuje stosunek, w którym kategorye prawa i bezprawia istnieć nie mogą. Ten pogląd przyjmuje Grolman, pismo bezimienne Ueber Injuren, Grävell i Zöpfl. (1)

Widocznem jest bliskie pokrewieństwo tego kierunku z zasadami które wypowiada Fichte (2). Kierunek ten uznaje stan koniecznéj obrony, jako pewien podgatunek stanu konieczności, jako pewne pojęcie ciaśniejsze, które pod obszerniejsze i wyższe pojęcie stanu konieczności podporządkowanie być winno i raz uznawszy tę zasadę za swój punkt wyjścia, zwraca się do Fichtego i na podstawie jego pojmowania stanu konieczności, rozwija swoją teoryą. Fichte powiada, że w stanie konieczności nie istnieje żadne prawo i wyłącza zupełnie ten stosunek z dziedziny prawa; podobnie i ten kierunek postępuje. Uznaje on że w stanie koniecznéj obrony, jako w pewnym podgatunku stanu konieczności, istnienie każdego prawa się zawiesza, uważa on więc stan ten li tylko za pewien stosunek faktyczny, który prawo, jako wówczas nie istniejące ignoruje. Kierunek ten zatem jakkolwiek on w ogólnej fiilozofii Kanta ma swój punkt wyjścia, zasadniczo się różni od poprzedniego poglądu. Kant pozostaje jeszcze pod wpływem teoryi kontraktu, przypuszcza istnienie przedpaństwowe pewnego stanu natury, w którym żyjący ludzie przez wzajemny układ, przez wzajemną umowę zakładają związek państwowy, podziela więc on jeszcze to tra-

(1) Grolman Grundsätze § 24, Ueber Jnjurien, Hansrecht Nothwehr, und Duelle str. 107. Grävell Neues Archiv III, str, 280, Zöpfl Archiv, Neue Folge 1843 str. 42.—patrz Levita str. 26, Köstlin System § 28 I. str.

(2) Fichte. Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschafts lehre II, str. 250 (3-tom zbiorowych dziel Fichtego wyd. J. H. Fichte).

dycyjne zboczenie: które dla nas obecnie jest tylko przebrzmiałem echem istniejącéj niegdyś teoryi, ale obok tego uznaje on istnienie pewnego pierwotnego prawa obrony, a więc zawsze prawa, którego każdy z wstępujących w związek państwowy zrzeka się na rzecz tego ostatniego. Dla Kanta istnieje zatem pewne prawo naturalne koniecznéj obrony i podług niego czynność w stanie koniecznéj obrony dokonana, jest prawna, jako w wykonaniu tego naturalnego prawa następująca. Inaczéj postępuje szkoła, na gruncie filozofii Fichtego stojąca. Uważa ona stan koniecznéj obrony jako pewien podgatunek stanu konieczności i czynności w stanie tym dokonaną nie nazywa wprawdzie bezprawną, bo pojęcie prawa i bezprawia nie istnieją w stanie koniecznéj obrony, ale nie uznaje jéj także i za prawną, a tylko wypowiada jéj bezkarność, bo prawo zupełnie ten stosunek ignoruje, nie wie o nim.

Jasno myśl krańcową tego kierunku wypowiada Zöpfl w Archiv. des Criminalrechts.. Neue Folge r. 1843 § III, str. 42, i następne, tam gdzie on poszukuje zasad, których prawodawstwa trzymać się powinny w traktowaniu koniecznéj obrony: rozumowanie jego da się streścić w następujący sposób: Czynność dokonana w stanie koniecznéj obrony jest bezprawną i sprawca jest niewątpliwie wiadomym, usprawiedliwienie więc téj czynności, uwolnienie jéj od kary może nastąpić tylko ze względu na szczególne okoliczności, które czynność tę wywołały i przy których ona dokonaną została, a mianowicie ze względu na pewien rodzaj stanu konieczności, w jakim sprawca téj czynności przez bezprawny napad postawionym został. Konieczna obrona jest więc tylko danym, szczególnym podgatunkiem stanu konieczności, pewnem pojęciem niższém subordynowaném pod pojęcie wyższe i obszerniéjsze stanu konieczności i różni się od innych wypadków tu również należących tem tylko, że gdy w tych ostatnich, stan ten konieczności wywołany jest przez zewnętrzne okoliczności i stosunki bez objawienia się i przy-

czynienia woli drugiéj jakiéj osoby, a nawet nieraz wbrew téj woli; to w koniecznéj obronie ten stan konieczności wywołany jest właśnie wolą i działaniem drugiéj téj osoby. Prawodawstwo zatém winno oprzeć bezkarność czynności bezprawnéj w stanie koniecznéj obrony dokonanéj na tym samym gruncie, na którym ono bezkarność czynności dokonanéj w stanie konieczności w ogóle opiera, bo byłoby niedorzecznem, nierozumném i nieludzkiem, powiada Zöpfl. na str. 44. żądać od człowieka będącego w stanie konieczności, a zatém znajdującego się pod wpływem zmuszających go okoliczności, w stanie, który jest absolutną negacyą wszelkiego stanu prawnego, żądać od takiego człowieka zaniechanie tych czynności, które są niedozwolone i karygodne tylko pod supozycyą uporządkowanéj, socyalnéj koegzystencyi, tylko pod przypuszczeniem istnienia pewnego stanu prawnego. Każda czynność jest tylko o tyle bezprawiem, a więc ściśléj mówiąc przestępstwem, o ile mniéj mieści się zaprzeczenie prawa t. j. urzeczywistnienie pewnéj woli indywidualnéj wbrew ogólnie rozumnéj woli. Tam zatém, gdzie prawo t. j. owa ogólnie rozumna wola nie jest predykatem danego stanu społecznego, tam nie może również istnieć i zaprzeczenie, i indywidualna negacya tego prawa, a zatem tam także nie może być mowy i o bezprawiu, i o przestępstwie, jako cieśniejszem pojęciu bezprawia. Ponieważ jednak każdy stanu konieczności, a zatem i ten który jest wywołany przez bezprawny napad innéj jakiéj osoby, czyli stan koniecznéj obrony, jest pewnem położeniem wyjątkowem, pewnym staném anormalnym, a zatem prawodawstwo, którego tendencyą jest unormowanie regularnego społecznego stanu t. j. stanu prawnego, nie może czynności dokonanéj w stanie konieczności a zatém i w stanie koniecznéj obrony, uznać za prawo w właściwem słowa znaczeniu, a mianowicie za pewne subjektywne uprawnienie napadniętego, któremu odpowiadałby obowiązek napadniętego poddania się, wykonaniu tego uprawnienia. Czynność w stanie koniecznéj obrony dokonana, jest

i pozostanie zawsze bezprawiem, prawodawstwo może ją tylko ignorować, może tylko o niéj niewiedzieć, uznać ją za nienależącą do swojego zakresu t. j. może wyrzec bezkarność téj czynności z obrażeniem praw napadającego połączonéj, ale nie może uznać ją za prawną.

Widzimy zatem że pomiędzy punktem wyjściowym tego kierunku, pomiędzy poglądem Kanta i jego szkoły, a pomiędzy tém ostatniem zdaniem tak krańcowém, które wypowiada Grolman i Zöpfl istnieje cała przestrzeń różnicy. Jeżeli w przedstawieniu pierwszego poglądu ograniczyliśmy się tylko na krótkiem rozpatrzeniu jego najgłówniéjszych zasad, w przedstawieniu zaś tego poglądu ostatniego wniknęliśmy bliżéj w jego treść, w podwaliny, na których się on opiera, to powodowałem się tą myślą, że pogląd Kanta w ostatecznym rezultacie zgodny jest znaszem zapatrywaniem; przyjmuje on bowiem pewne prawo koniecznéj obrony, prawo to odnosi on do pewnego stanu natury; uzasadnia więc je inaczéj, jak my, ale zawsze konieczną obronę za prawną uznaje. Prrzeciwnie ten pogląd drugi, przeczy on, istnieniu prawa koniecznéj obrony, owszem konieczną obronę uważa za bezprawną, a chce jej tylko zapewnić bezkarność; z tym więc poglądem tam, gdzie własnem uzasadnieniem prawa koniecznéj obrony się zajmiemy, staniemy w otwartéj sprzeczności, na dwóch przeciwnych krańcach; musimy zatem poznać podstawy, na których opiera się, ten pogląd przeciwny naszemu, i przez odparcie tych podstaw, przyczynić się negatywnie do uzasadnienia naszego poglądu.

Pogląd ten wywołał liczną oppozycyę ze strony nauki (1). Wusprawiedliwieniu swojego zdania zwraca się Zöpfl do historyi saméj, a mianowicie do dawnych pomników prawa Germańskiego i chce historycznie uzasadnić to swoje pojmowanie, jako odrębnie właściwe, odpowiadające duchowi prawno-na-

(1) Levita 26, Geyer § 2 Uw, 3, prof. Budziński . 13 bis.

rodowemu Germańskiego szczepu. (1) Przeciwko temu powstaje cała nauka nowsza (2) W bliższe szczegóły tego historycznego uzasadnienia, jakoteż i w bliższą treść zarzutów, jakie to uzasadnienie spotykają, wchodzić nie możemy; przekracza to już bowiem zakres naszego rozpatrzenia przeszłości tak, jak je w ogólném oznaczyliśmy założeniu. Do tego poglądu zresztą powrócimy raz jeszcze, mianowicie przy okoliczności praw, do obrony, których prawo konieczném obrony przysługiwać winno. Tu tylko z ogólnego stanowiska wykażemy pewną logiczną niedokładność, jaka się w tym poglądzie ukrywa.

Zöpfl więc zaprzecza istnieniu prawa konieczněj obrony i czynność w stanie konieczněj obrony dokonaną, jako wkraczającą w sferę prawną napadającego, uznaje za bezprawną w zasadzie, daléj zaś za bezkarną ze względu na szczególne okoliczności, w jakich dokonanie téj czynności następuje. Przedstawmy sobie jakikolwiek przypadek konieczněj obrony z rzeczywistości; ktoś bezprawnie napada na drugiego, ten drugi się broni i w obronie swojéj obraża prawa napadającego, czynność więc broniącego się Zöpfl uznaje za bezprawną, ale zarazem i za bezkarną, czynność zaś napadającego za bezprawną i karygodną. Uzasadnia on ten swój pogląd na téj przyczynie, że stan konieczności, a więc i stan konieczněj obrony wyłącza wszelką możliwość współistnienia ,a więc wyłącza i prawo, które na téj możliwości się opiera: pozostaje więc sam fakt tylko, sam stosunek faktyczny, któremu Zöpfl odejmuje wszelki element prawny. Fakt zaś ten pozostanie faktem bez względu na to czy napadnięty, przed napadem obronić się potrafi, czy też napadający, swój napad przeprowadzić i zamierzony cel osiągnąć zdoła. Prawo się zawiesza, nie istnieje chwilowo, a więc o tém, co dokonanem zostało w stanie ko-

---

(1) Zöpfl Archiv. 1842, 118, 311.

(2) Berner. Archiv. 1848 str. 547. 552, Köstlin, Rev. 715, System 77 Levita 65 Wessely 42, Seeger 444—porównać Geyer 75.

niecznéj obrony, nic nie wie. Stan konieczności przechodzi: powraca możliwość ludzkiego współistnienia, powraca więc i prawo, które na téj możliwości spoczywa i te skutki, które jako rezultaty owego stosunku faktycznego, zastaje, przyznaje nie za prawne, bo przedtem się Zöpfl przestrzega, ale za bezkarne. Tu Zöpfl (1) wyprowadza wewnętrzną różnicę prawności od bezkarności. Wywód ten jest zasadnym i słusznym, ale jak on sam powiada, niema w odniesieniu do koniecznéj obrony znaczenia. Bezkarność zatem czynności bezprawnéj, przez napadniętego w stanie koniecznéj obrony dokonanéj, opiera Zöpfl na tém, że prawo o czynności téj nie wie, bo ono w chwili jéj dokonania nie istniało; ale jeżeli raz przyjmiemy za podstawę, bezkarności tę niewiadomość prawa, to winniśmy zarówno uwolnić od kary, czyn napadniętego, który się bronił, przed napadem, jako i czyn napadającego; który zamierzony cel przez napad urzeczywistnił. Inaczéj, zdaje mi się, tego położenia podług danych, jakie nam Zöpfl dostarcza, roztrzygnąć nie można. Należałoby więc, kosekwentnie idąc, uznać i bezkarnym tego, który stan ten konieczności swoim napadem wywołał i to bez względu na skutki, jakie ztąd poniósł napadnięty, a przed tym rezultatem Zöpfl się cofa. (2)

Pogląd jaki co do pojmowania i uzasadnienia koniecznéj obrony, przedstawia Abegg (3) polega na pewnéj kombinacyi obudwóch poprzednich poglądów. Z jednéj strony uznaje on czynność dokonaną w stanie koniecznéj obrony, za czynność w stanie konieczności, a więc przybliża sie do zdania Grolmana i Zöpfla; z drugiéj strony jednak przyznaje on istnienie samego prawa obrony, które tam, gdzie pań-

---

(1) Zöpfl Archiv. 1843, § III, str. 46, 47, 48.

(2) Geyer § 2, Uwaga 3.

(3) Abegg Lehrb. stf. 168, 169, § 109, Untersuichungen aus dem Gebicte des Strafrechtswissenschaft. str. 111, 143.

stwo swéj opieki rozciągnąć nie może, przechodzi na pojedyńczego człowieka siłą prawego pierwotnego prawa obrony, które mu przysługuje, a zatem przechyla się na stronę Kanta i jego szkoły.

Do tego ogólnego kierunku przyłącza się i Bauer (1) który uzasadnia konieczną obronę na naturalnem prawie obrony, przysługującem każdemu człowiekowi, a którego to prawa wykonanie w państwie, niedozwolone jest tylko pod przypuszczeniem że opieka publiczna własną obronę uczyni niepotrzebną.

Inaczéj przedstawia się nam drugi kierunek zasadniczy-ogólny, którego istnienie zaznaczyliśmy powyżéj, a który rozwija się na podstawie filozofii Hegla (2). Wychodzi on z zasady wewnętrznéj nicości bezprawia, z tego, że bezprawie jest czemś takiem, co absolutnie istnieć nie powinno, co koniecznie zniszczonem być musi. Słusznie kierunek ten w przeciwstawieniu do pierwszego nazywają, obiektywnym a pierwszy subiektywnym (3), bo w tym drugim poglądzie osoba, pojedynczy człowiek, jest tylko piastunem, przedstawicielem prawa, podczas gdy w pierwszym jest on jego źródłem. Ten kierunek, którego główne podstawy położył Hegel, rozwijają daléj: Heffter i Hermann (4). Widzą oni również otateczną zasadę prawa koniecznéj obrony w naturze samego bezprawia, w konieczności jego nicestwienia, w tem, że bezprawie istnieć nie powinno i pod żadnym względem cierpianém być niemoże. Prawo zniszczenia więc tego bezprawia przysługuje każdemu indywi-

---

(1) Bauer § 50, str. 82., Maresoll § 25, Luden Hdb. I, 292, n 4 Abhandl. II. 480, 481, —trudno jest jednak w tym ostatnim dojść do jasnego pojęcia.

(2) Hegel Grundlinien der Phil. des Rechts. 1840. wyd. Ed. Gansa § 97, str. 132.

(3) Weselly 37, Prof. Budziński 113. bis.

(4) Heffter Lehrb. § 41 Uw. I, Herrmann Beurtheilung str. 143, 144.

dzum ale wykonanie tego prawa pozostawioném być winno państwu tyle razy, wiele razy ono to dokonać może. Na gruncie filozofii Hegla stoi także Berner (5); opiera on również prawo konieczném obrony na wewnętrznéj nicości bezprawia, na konieczności jego unicestwienia, ale broni się przed zbyt krańcowem pojmowaniem téj zasady. Do tego kierunku ogólnego przyłącza sie także Wessely (6), jako też Köstlin i Levita (7). Bliższym rozbiorem poglądu tych dwóch ostatnich autorów późniéj przy właściwém poszukiwaniu ostatecznéj zasady koniecznéj obrony, zająć się, raz jeszcze musimy.

Wtym kierunku, na filozofii Hegla opartym najdalej idą, zdania najwięcéj krańcowe wypowiadają, Richter (1) i Michelet (2). Rozumowanie ich da się tak streścić. To co jest nierozumnem, absolutnie istnieć nie może, musi więc przez rozum być zniszczoném koniecznie, albo też opanowaném na jego usługi. Każdy przestępny napad jest przeciwnym rozumowi bez względu na to, czy on zwraca się na życie, cześć lub inne jakiekolwiek dobra. Ztąd konieczném jest wystąpić przeciwko niemu, przeszkodzić mu bądź przez zupełne zniszczenie tego, od kogo ten napad wychodzi, bądź przez jego pokonanie, przezwyciężenie. Wystąpienie to więc przeciwko bezprawnemu napadowi, to obrażenie praw napadającego, nie jest żadném obrażeniem prawa, żadném bezprawiem, żadném przestępstwem. Każdemu wolno jest bronić się przeciwko bezprawnemu napadowi tak samo, jak każdy może się bronić wszelkiemi sposobami przeciwko szalonemu zwierzęciu. Konieczna obrona jest więc prawém

---

(5) Berner Archiv. N. F. 1848. 555— 558, Lehrbuch § 86, str. 125.

(6) Wessely. 46.

(7) Köstlin System § 28 str. 75, Neue Revision 708 — 715. Levita 17, 18.

(1) Richter. Das philosophische Strafrecht str. 135.

(2) Michelet System der philosophischen Moral str. 61.

rozumu przeciwko nierozumowi, jest rozumną i słuszną, i nietylko że nie jest bezprawiem, ale raczéj obowiązkiem obywatela. Tak daleko idzie konieczność sprawiedliwości. (1)

To rozumowanie, przeciwko któremu zresztą już niektórzy pisarze do tego ogólnego kierunku należący, się oświadczają (2), prowadzi do przekroczenia celu koniecznéj obrony. Stawia bowiem ono opór przeciwko bezprawiu już nie jako pewne prawo, ale raczéj jako święty obowiązek obywatela, który on koniecznie wykonać musi; przez zaniedbanie bowiém jego wykonania mógłby się przyczynić do tego, że to, co absolutnie istnieć nie powinno t. j. bezprawie, exystować będzie. Słusznie o téj teoryi powiada Geyer (3), że wykazuje zawiele, a tém samém nic nie dowodzi.

W ogóle przeciwko temu całemu kierunkowi, który w filozofii Hegla czerpie swój punkt wyjścia, powiedzieć można, że on jest sam w sobie sprzecznym, bo to co jest wewnętrznie niczem, co absolutnie istnieć nie może, nie potrzebuje być niszczonem, gdyż ono nie może exystować. Gdy co jest absolutnie niczem, to istnieć nie może, bo już ta sama wewnętrzna nicość niszczy pozorną zewnętrzną exystencyę. Zresztą przypuśćmy nawet, że to być może, aby coś takiego exystowało, co jest wewnętrznie niczem, co absolutnie istnieć nie powinno, to jednak na téj drodze nie otrzymamy uzasadnienia prawa koniecznéj obrony. Szkoła Hegla pojmuje bezprawie jako zaprzeczenie prawa. Konieczna obrona ma niszczyć exystencyą tego co samo w sobie istnieć nie może t. j. exystencyą bezprawia, ma więc być tą negacyą negacyi prawa,

---

(1) Richter. Philos. Strafrechts str. 135—138. Toż samo zdanie podzielają Motywa do Bawarskiego projektu z 1854 r. patrz Levita 28, Nota 36.

(2) Berner Archiv· 1848, str. 557, Köstlin Syst. § 28. I, Levita 28, 29.

(3) Geyer § 2, Uw. 3.

przez którą prawo ma być przywróconém. Tak byćby mogło gdyby konieczna obrona połączona z obrażeniem praw napadającego, była tylko negacyą bezprawia, ale wszak ona jest obroną, jest więc czemś pozytywném, i daléj w najważniéjszych przypadkach wkracza w sferę prawną drugiéj osoby. Konieczna obrona nie jest więc tylko zaprzeczeniem bezprawia. i pogląd ten zapoznaje jéj naturę. Zresztą w kierunku tym konieczna obrona ma wspólną podstawą z karą, a jednak te dwa pojęcia tak różne, dokładnie odróżniać potrzeba. (2)

(*Dalszy ciąg nastąpi*)

---

(1) Geyer § 2, str. 21.

(2) Schröter § 17 19, Köslin System § 28 I, Geyer § 2 Un. 3.

O WARUNKACH DO POZYSKANIA
i skutkach prawa rzeczowego
podług dawnych praw Polskich.

(Wyjątek z pism Antoniego Przeszkodzińskiego.)

I. W dawnem prawie Polskiem, już przed czterystu laty rozwinięte i ustalone było wyobrażenie prawa rzeczowego, czyli hypotecznego, do którego pełności i mocy, naturalna possessya dóbr, niebyła potrzebną.

II. Ta naturalna possessya dóbr, czy to na skutek dobrowolnej umowy, a więc tytułem zastawy, czy też w skutek wyroku, była tylko środkiem do skuteczniejszego zabezpieczenia i prędszej satysfakcyi dla wierzyciela, ale ani prawu rzeczowemu tegoż, większej nienadawała mocy, ani nawet pierwszeństwa przed innemi prawami rzeczowemi, z wcześniejszych tytułów wypływającemi, niestanowiła.

III. Według dawnego prawa Polskiego, każda należność, chybaby wedle naturalnego pojęcia rzeczy, jedynie i wyłącznie dłużnika się dotyczyła, czyli w najściślejszem znaczeniu była osobistą, stosowała się do majątku nieruchomego, i po dopełnieniu prawem przepisanych form, prawo rzeczowe zyskiwała, to jest dobra dłużnika ciążyła; bo bez posiadania dóbr, nikomu pełne prawo obywalstwa niesłużyło.

IV. Dłużnik, dobra nieruchome posiadający, nawet osobiście poszukiwanym być niemógł, i summ jego aresztować niebyło wolno, lecz tylko do dóbr, exekucya zwróconą być musiała.

Przekonywają o tej prawdzie.

1) Konstytucya z roku 1576 [1]) zaczynająca się od następujących wyrazów.

„Osiadłemu człowiekowi, niema być dopuszczon areszt, na pieniądze jego sądownie położone, albo opisane, okrom tego, żeby mniejszą miał possessyą niźli ono o co był, albo miał być pozwan".

2) Konstytucya z roku 1588 [2]), brzmiąca wsłowach:

„Gdy na nieosiadłym prawo przewodzą, tak *ex controversiis*, jako *per contumaciam*, iż do tych czasów niebył w prawie opisany postępek, jakowy by miał być *in exequutione*, tedy go tak deklarujemy: iż gdy nieosiadłemu każą *satisfacere rei judicatae* w Sądzie Grodzkim, ma to uczynić takim sposobem: że albo pieniędzmi gotowemi ma się wyswobodzić najdalej do dwu niedziel, albo rękojemstwo stawić ludzi osiadłych, iż dosyć uczyni rzeczy osądzonej najdalej do sześci niedziel; czego jeśliby nieuczynił, ma być pozwany prosto *ad banniendum* do onego Grodu: i gdy będzie wywołany, ma być iman, i do wieży wsadzon, i siedzieć aż dosyć uczyni stronie".

Ta ostatnia konstytucya pokazuje, że należność nawet od dłużnika, żadnego majątku nieruchomego nieposiadającego, stawała się rzeczową względem jego poręczycieli i że w prawie Polskiem, dochodzenie osobiste, tylko przez przymus osobisty, to jest osadzenie w więzieniu dłużnika, wykonywało się; czego dłużnik unikając, albo zaraz należność zaspokoić musiał, albo przez poręczenie, wierzycielowi prawo rzeczowe zapewnić.

---

[1]) Vol. Legum. II f. 935. w Exceptach i Zwyczajach Mazowieckich, pod tytułem „O aresztowaniu pieniędzy".

[2]) Vol. Legum. II. f. 1217, pod tytułem „de impossessionatis".

3) Konstytucya z roku 1562 [1]) brzmiąca w słowach:

„Ustanawiamy, że wszelkie inne Starostwa i Dzierżawy Nasze, w których Sądów niemasz, wolno nam dawać będzie Starosty, choćby też w onej ziemi niemieli osiadłości, by tylko narodu Polskiego był szlachcicem: takowy będzie powinien, mocą tego Statutu, w Sądzie Ziemskiem i Grodzkim, *in articulis castrensibus* onej Ziemi, o każdą krzywdę, komuż kolwiek by ją uczynił, odpowiadać, i postępek prawny ma się przeciwko niemu ściągać, jako przeciwko nieosiadłemu, jeśliby osiadłości nigdzież niemiał. A jeśliby osiadłość w Koronie miał, tedy gdyby był w czym przesądzon w Ziemstwie, tedy przezyski nie na gruut się ściągać mają Nasz, ale na Starościnę osiadłość: albowiem przezysków ma być remissya do tej Ziemi i Powiatu, kędy ma osiadłość.

4) Konstytucya z roku 1588 [2]), w której mieści się ustęp następujący:

„A iż Starostowie i Dzierżawcy niektórzy dóbr Naszych, zwykli *excedere modum in defensione bonorum*: tedy Statuta pierwsze w tym uczynione, tak deklarujemy, że *defensio* niema się rozumieć psowaniem *laboris proprii*, tak osiewków, jako i budowania i każdej roboty, któraby przez rok, bez przekazy Starościnej stała: ale używaniem tylko dóbr Naszych, albo pozwaniem po wyjściu roku, do Ziemstwa. A gdyby Sądów Starosta, albo Dzierżawca, komu krzywdę, albo szkodę jaką mimo to uczynił, tedy o to *forum* ma mieć w Ziemstwie, gdzie one dobra królewskie leżą. A jeśliby Dzierżawca osiadłości niemiał w onym Województwie albo Ziemi, tedy tam gdzieby ją miał, ma być exekucya na dobrach jego nieodwłocznie czyniona. wedle Konstytucyi *Anni* 1562 [3]). A gdzieby był nieosia-

---

[1]) Vol. Legum. II f. 620, pod tytułem „O Starostwach i Dzierżawach Królewskich".

[2]) Vol. Legum. II, fol. 1211, pod tytulem „O Kommissyach i Kommissarzach na granicach.

[3]) Jest tu mowa o konstytucyi, powyżej pod liczbą 3-a wymienionej.

dły w Koronie, tedy musi się przeciw niemu postąpić wedle postępku na tym Sejmie *contra impossessionatos*, namówionego" [1]).

Dwie te konstytucye pod liczbą 3 i 4 przywiedzione, stwierdzają zasady ad III i IV położone, bo przekonywają, że należności, nawet z czynu osobistego Starosty jako posiadacza dóbr Królewskich, tudzież kary i koszta Sądowe, (przezyski) wyrokiem przyznane, do dóbr tegoż Starosty, jeżeli je tylko miał, w exekucyi regulowały się, a zatem, rzeczowo go dotykały.

V. Obok tych zasad, jakkolwiek dawne prawo hypoteczne Polskie, nieprzyszło do tego wykształcenia pod względem formy, jaką dziś ma naprzykład prawo Pruskie, wedle Ordynacyi hypotecznej, to jednakże polegało na dwóch zasadach hypoteki, to jest jawności i pierwszeństwa, od wcześniejszego wpisu zależącego (qui prior tempore, potior jure).

Pod względem zaś formy, opierało się na tem, że każda należność, czy to umowna, czy Sądowa, to jest z wyroku wypływająca, w aktach Ziemskich lub Grodzkich tego powiatu lub Ziemi, gdzie dobra dłużnika leżą, winna być objawioną i od tej daty dopiero i prawo rzeczowe i pierwszeństwo się zyskiwało. Zasadę tę wskazała inna konstytucya z roku 1588 [2]) której dosłowne brzmienie jest takie:

„Deklarując in universum ważność zapisów, aby się ludzie niezawodzili, pożyczając pieniędzy *super bona onerata*: postanawiamy, iż kto będzie miał prawo i zapis *ad bona aliqua*, tego będzie *potioritas*, i choćby też kto przezyski i possessyą za pośledniejszym zapisem otrzymał, tedy pierwszego zapisu summa i przezyski, mają być ważniejsze, i naprzód iść, wyjąwszy gdyby kto był *triennalis possessor*, albo *de jure* prawo

---

[1]) Odwołuje się tu do konstytucyi z 1588 roku pod liczbą 2 wspomnianej.

[2]) Vol. Legum. II fol. 1219, pod tytułem, „o ważności zapisów".

jego nalazło sie być nieważne, w czym żeby się zabieżało *fraudi et dolo*, tedy warujemy, żeby wszelakie zapisy, któreby w księgach jakich odległych Grodzkich zeznane były, *ad proprium forum Terrestre vel Castresse, ubi bona recognoscentis consistunt, per modum oblatae, per creditorem vel debitorem*, abo sługę którego z nich, wpisowane dla wiadomości każdego były. A *prioritas* tego zapisu, ma być liczona od onego aktu, gdy będzie *in proprio foro per oblatam*, aktykowany. To też warujemy, iż jeśliby były jakie zapisy na zmowie, ku oszukaniu kredytorów uczynione, abo z jakiej przyczyny podejrzane: tedy, to będzie wolno prawem czynić drugim kredytorom, którymby się ten zapis zdał być ku szkodzie".

Konstytucya więc ta, obejmuje wszystkie zasady hypoteki Polskiej, tak umownej jak sądowej, a mianowicie:

1. Że kto będzie miał pierwszy prawo, (to jest wyrok) i zapis (to jest oblig), *ad bona aliqua*, tego będzie *potioritas*.

2. Że choćby kto z późniejszego zapisu uzyskał wyrok, zasądzający należność, oraz kary i koszta Sądowe (przezyski) i na mocy tegoż wyroku, do dóbr był wprowadzony, nienadaje to mu pierwszeństwa przed wcześniejszym wierzycielem co do jego summy, jeżeli pochodzi z zapisu, i przed kosztam i Sądowemi (przezyskami), jeżeli zyskał wyrok, czyli hypotekę Sądową, „tedy pierwszego zapisu summa i przezyski, mają być ważniejsze, i naprzód iść".

Z wyjątkiem gdyby ktoś na mocy wcześniejszego zapisu lub wyroku, miał tylko prawo czasowej dzierżawy, lub gdyby prawo było nieważne; „wyjąwszy gdyby kto był *triennalis possessor* albo prawo jego, nalazło się być nieważne".

3. Że do zyskania takiego prawa rzeczowego, potrzeba było, iżby zapis, w aktach tego Ziemstwa lub Grodu, *ubi bona recognoscentis consistunt* był zeznany, lub wyrok tamże pozyskany.

4. Że gdyby zapis w innych aktach był zeznany, dopiero od daty przeniesienia i wpisania go w akta właściwe i prawo rzeczowe powstawało. Co do wyroku zaś w innym Sądzie zapadłego, ten jakeśmy wyżej ad IV 3 i 4 widzieli, czy to do exekucyi przez wprowadzenie wierzyciela w posiadanie dóbr, czy tylko dla zyskania *potioritatis*, musiał być w właściwym Sądzie objawiony, to jest tam: „gdzie dłużnik miał osiadłość“.

Antoni Przeszkodziński.